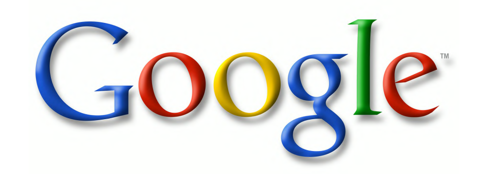






Zeitschrift
für
Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. Linde,

Geheimen Regierungs- und Ministerialrathe zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,

Großherzogl. Hess. Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und öffentl. ord. Professor des Rechts zu Gießen,

Dr. J. N. von Wening-Ingenheim,

Königl. Baiersch. Hofrathe und öffentl. ordentl. Professor des Rechts zu München.

Zweiter Band.

Gießen 1829,
bei B. C. Ferber.

Inhalt des zweiten Bandes.

I.

Ueber Resolutiv-Bedingungen.

Von dem Herrn Dr. G. Riesser, aus Hamburg.

Es ist unter den älteren Juristen viel darüber gestritten worden, welche Wirkung dem Eintritt einer Bedingung gebühre, die einem Eigenthum übertragenden Geschäft so hinzugefügt ist, daß nach geschehener Tradition das Geschäft sofort als geschlossen und das Eigenthum des Erwerbers als begründet angesehen werden soll, mit dem Eintritt der Bedingung aber die Folgen des Geschäfts rückgängig gemacht werden sollen. Die Streitfrage ist die, ob der Eintritt der Bedingung nur persönliche Klagen des Veräußerers gegen den Erwerber auf Rückgabe zur Folge hat, oder ob demselben eine dingliche Klage zusteht, mit der Wirkung, das von dem Erwerber an einen Dritten veräußerte Eigenthum oder andere dingliche Recht zu vernichten. Die letztere Ansicht ist in neuerer Zeit durchaus die herrschende geworden; für sie haben sich unter Andern unbedingt erklärt: Thibaut [1]), Glück [2]), Wening [3]) und Seuffert [4]);

1) Civilistische Abhandlungen. S. 366 — 378. Pandekten. §. 124.

2) Pandekten-Commentar. Bd. 16. Commentar zu den Titeln: „de in diem addictione" und „de lege commissoria."

3) Civilrecht. 2te Aufl. Buch II. §. 7.

4) Erörterungen. S. 92 — 95.

während Zimmern [1]) die Beschränkung hinzugefügt hat, daß auch die Absicht der Kontrahenten auf eine bloße persönliche Klage gerichtet sein könne. Seiner Ansicht ist beigetreten Fritz [2]), und jetzt auch Wening [3]).

Nicht, weil ich darin für die entgegengesetzte Ansicht, die ich in dieser Abhandlung durchzuführen versuchen werde, einen Grund finde (da solche Gründe lediglich in den Quellen unseres positiven Rechts zu suchen sind), sondern nur um Interesse für die Untersuchung zu gewinnen, und meine Kühnheit zu entschuldigen, daß ich eine Streitfrage nochmals in Anregung bringe, die durch so gewichtige Autoritäten, die sich in ihrer Entscheidung vereinigt haben, abgethan scheinen möchte, schicke ich die Bemerkung voraus, wie sehr das praktische Recht und der Verkehr dabei interessirt sind, daß die Römische Vindikation, über deren Umfang so manche gerechte Klage geführt wird, nicht noch durch Interpretation über ihr weites Gebiet ausgedehnt werde. Wenn sich aus dem Standpunkte des natürlichen Rechts und des für den Verkehr Nützlichen so Manches dagegen einwenden läßt, daß eine mit dem besten Gewissen von einem Nicht-Eigenthümer erworbene Sache von dem Eigenthümer, der sie wahrscheinlich durch seine Schuld verloren, dem redlichen Besitzer ohne eine Vergeltung abgefordert werden kann, so haben wir nach jener Theorie sogar Fälle, worin das von dem Eigenthümer selbst erworbene Recht den Berechtigten nicht schützt.

Indeß kann dieser Vorwurf, wie gesagt, so weit er materiell und aus natürlichen Rechtsansichten entnommen ist, nichts zur positiven Begründung der entgegenstehenden Ansicht beitragen. Aber ich glaube zeigen zu können, daß jene Zu-

1) Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 5. S. 234 — 252.

2) Ebendas. Bd. 8. S. 293. 294.

3) Civilrecht. 3te Aufl. §. 116.

lassung der Vindikation gegen Einen, der sein Recht vom Eigenthümer selbst ableitet, weil der Uebertragung an den letzteren ein bedingter Resolutiv-Vertrag beigefügt gewesen, anerkannten Grundsätzen des Römischen Rechts selbst widerstreitet, und daß, wenn es nicht möglich wäre, auf dem Wege der Interpretation ein anderes Resultat zu gewinnen, wir nicht nur etwas materiell Unvernünftiges, was man dem Römischen Rechte allenfalls eher zutrauen würde, sondern eine formelle Inkonsequenz gegen seine am schärfsten ausgesprochenen Prinzipien anerkennen müßten, die selbst seine eifrigsten Gegner dem Römischen Rechte nicht vorzuwerfen pflegen.

§. 1.

Der Gegenstand, dessen Wirkungen hier zu untersuchen sind, ist **ein bedingter Neben-Vertrag über die Auflösung eines Geschäfts.** Bei der Betrachtung jener Wirkungen haben wir also auf dreierlei zu sehen: **Bedingung, Vertrag, Auflösung.**

Was zuerst die Bedingung betrifft, so ist klar, daß ihr gar keine eigne Kraft und Wirkung beigelegt werden kann [1]. Eine Bedingung vermag durch ihr Nicht-Eintreten die ganze Existenz eines Geschäfts überhaupt zu verhindern; tritt sie

---

1) Ich kann hier wohl die von **Thibaut** so treffend ausgeführte und seitdem nie bestrittene Ansicht als anerkannt voraussetzen, daß die Resolutiv-Bedingung durchaus nicht in ihrem eignen Wesen von der Suspensiv-Bedingung verschieden ist, sondern die Verschiedenheit nur in der Art dessen liegt, was sie hinausschiebt. Doch muß ich bemerken, daß gerade jene Vindikation wohl der Anerkennung dieser Identität im Wege stand, da sie aus dem aufschiebenden Wesen der Bedingung, insofern diese nur solche Wirkungen aufschiebt, die aus dem bedingten Geschäft selbst folgen, durchaus sich nicht ableiten läßt, und daher als eine juristische Eigenthümlichkeit der **Resolutiv-Bedingung** erscheinen mußte.

dagegen ein, so hat das Geschäft alle die Wirkungen, die es ohne sie haben würde, aber in keinem Falle mehr. Ist z. B. ein Geschäft von einer Bedingung abhängig gemacht, das seiner Natur nach eine Klage auf Erfüllung erzeugt, so tritt diese, und nichts als diese, mit dem Eintritt der Bedingung ein. Ist aber alles geschehen, was zum Erwerb eines dinglichen Rechts, etwa des Eigenthums, nöthig ist, ist also aus einem bedingten auf Eigenthums-Uebertragung gerichteten Vertrage bereits tradirt, so tritt Eigenthum als Folge der erfüllten Bedingung ein. Mit einem Worte, die erfüllte Bedingung räumt ein Hinderniß, das dem Wirklichwerden eines Rechtszustandes überhaupt im Wege stand, hinweg, erzeugt aber keine Wirkungen, die ohne sie nicht statt haben würden, macht mithin auch kein Erforderniß entbehrlich, dessen ein Geschäft an sich zu einer gegebenen Wirkung bedarf.

Da wir demnach jene Wirkung im Wesen der Bedingung nicht suchen dürfen, so wollen wir zunächst untersuchen, ob dieselbe in dem Wesen eines Vertrags oder doch eines Nebenvertrags zu finden ist. Hier tritt uns nun entscheidend die bekannte Regel entgegen: pactis dominia rerum non acquiruntur. Wenn ich Einem das Eigenthum einer Sache zu übertragen aus einem Vertrage verpflichtet bin, so ist mein Eigenthum dadurch so wenig beschränkt, wie das meines Gläubigers begründet. Ich kann jeden Dritten durch Tradition nach wie vor zum Eigenthümer machen, und dadurch meinen Kontrahenten auf Entschädigungs-Forderungen reduciren. Wenn ich nun auf Jemanden rechtsgültig Eigenthum übertragen habe, dieser aber sich mir durch einen Nebenvertrag verpflichtet hat, daß das Eigenthum unter einer gewissen Bedingung wieder mein werden solle, warum soll dieser Nebenvertrag eine Eigenthum übertragende Wirkung haben, die dem Vertrag überhaupt so entschieden abgesprochen wird? Ist ein Neben-

vertrag kein Vertrag? Ist er mehr werth, als ein Haupt-Vertrag? Sollen wir das „pactis dominia rerum non acquiruntur" so nehmen, als hieße es: „pactis principalibus quidem non potest acquiri dominium, sed pactis adjectis potest?" Daß aber nicht etwa der Vertrag über die Zurück-Uebertragung des Eigenthums an Einen, der schon früher Eigenthümer war, sich einer besondern Begünstigung zu erfreuen hat, die die Tradition entbehrlich machte, versteht sich schon von selbst, da eine solche Begünstigung erwiesen werden müßte, ist aber auch ausdrücklich ausgesprochen in mehreren Stellen des Römischen Rechts [1]), am entschiedensten in folgender Stelle des Codex.

L. 1. C. quando liceat ab emtione discedere. 4, 45.

Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. — — At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.

Wenn der Veräußerer von dem, an den er veräußerte, das Eigenthum zurück erwerben will, bedarf es mithin eines Zurück-Tradirens, so gut wie einer Tradition bei'm ersten Erbwerb.

Da also jene Wirkung im Wesen der Bedingung nicht begründet sein kann, da sie der Natur des Vertrags widerspricht, so müssen wir sie in dem Gegenstande der vorliegenden Verträge, also in der Auflösung eines Rechts-Geschäfts, suchen. Man könnte sagen: es ist der Auflösung eines Eigenthum übertragenden Geschäfts die Wirkung eigen, daß das Eigenthum übertragende Faktum als nicht geschehen angenommen wird, und das dem aufgelösten Geschäft vorhergegangene Eigenthum mithin wieder entsteht, ohne daß es eines neuen Faktums zu dessen Begründung bedarf. Diese

1) z. B. L. 2. D. de resc. emt. 18, 5.

Wirkung des Auflösens, die das Gebiet der Vindikation unendlich erweitern würde, müßte, als eine Abweichung von dem höchsten Grundsatze in der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums, speciell nachgewiesen werden. Das kann nicht nur nicht geschehen, sondern es läßt sich mit Bestimmtheit nachweisen, daß dem Römischen Rechte in allen Fällen, wo es vom Resolviren eines Geschäfts spricht, die entgegengesetzte Ansicht zu Grunde liegt. Es giebt nämlich außer den vorliegenden Fällen, in denen die Auflösung durch einen bedingten Nebenvertrag begründet wird,

1) noch Fälle, in denen sie auf einem selbstständigen Haupt-Vertrage beruht. Man kann, nachdem man ein Geschäft geschlossen, ausmachen, man wolle es auflösen. Daß hier, wenn das alte Eigenthum wieder hergestellt werden soll, der Vertrag über die Auflösung nicht genügt, sondern Tradition hinzukommen muß, bezweifelt Niemand, und es steht auch ausdrücklich so in der eben citirten L. 1. C. und in andern Stellen [1]). Man könnte etwa hier noch den Unterscheidungs-Grund darin suchen, daß hier die Auflösung nicht zugleich mit der Uebertragung, sondern durch das später hinzukommende Faktum des neuen Vertrages begründet wird. Aber es giebt

2) Fälle, in denen das Gesetz wegen eines Mangels eines Geschäfts zum Besten eines Kontrahenten dessen Auflösung gestattet, und es ist nichts gewisser, als daß diese Auflösung keine anderen Wirkungen hat, als persönliche Klagen zwischen den Kontrahenten, nicht aber eine dingliche Klage gegen Dritte, an die der Käufer die Sache veräußert hat.

A. Ex dolo kann ein Geschäft rescindirt werden, es ist aber ausgemacht, daß diese Reskission nur persönliche Klagen und nie Rei Vindicatio bewirkt.

L. 5. L. 10. C. de resc. vend. 4, 44.

---

1) z. B. L. 5. i. f. C. de resc. vend. 4, 44.

B. Auch wegen laesio enormis des Verkäufers wird der Kauf rescindirt [1]). Doch wird diese Rescission nirgends so genommen, daß sie das vom Käufer ausgegangene Eigenthum Dritter gefährde, und mit Recht wird daher alles Recht des Verkäufers von allen unseren Juristen auf eine persönliche Klage gegen den Käufer beschränkt.

Thibaut, Pandekten. Bd. 1. §. 199.

Wening, Civilrecht. 2te Aufl. Buch III. §. 147. 3te Aufl. §. 289. [2]).

C. Durch die Klagen aus dem Aedilitischen Edikt wird der Kauf resolvirt;

L. 23. §. 1. h. t. 21, 1.

und doch ist es vollkommen ausgemacht, daß nicht nur der Verkäufer, wenn er nach auf Verlangen des Käufers erfolgter Auflösung diesem den Preis zurückerstattet hat, doch nur persönliche Rechtsmittel zur Wiedererlangung der Sache hat, sondern daß auch die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte nicht aufhören.

L. 21. §. 1. L. 43. §. 8. D. h. t.

L. 4. pr. qbs. mod. pignus. 20, 6.

Man wird den angeführten Fällen keinen entgegensetzen können, in denen eine vom Gesetz vorgeschriebene Resolution das Eigenthum ipso jure — wie man es nennt — zurückfallen läßt, und doch soll das, was das Gesetz, wenn es Resolution vorschrieb, nicht bewirkte, die Wirkung eines Vertrages, aber freilich nur eines Nebenvertrages, sein!

Aber jene Art der Eigenthumserwerbung steht noch mit andern Rechtsgrundsätzen theils in unauflöslichem Wider-

---

1) L. 8. C. de resc. vend. in den Worten: hoc enim solum — ad rescindendam venditionem invalidum.

2) Wening läßt jedoch mit Gesterding, ungeachtet der bloß persönlichen Klage des Verkäufers, in diesem Falle die vom Käufer ertheilten jura in re aufhören, vermöge einer eignen Ansicht, von der unten mehr die Rede sein wird.

spruch, theils in Mißverhältniß. Verträge sollen nicht gegen Dritte wirken, und doch soll ein vom Eigenthümer abgeleitetes Recht dem Berechtigten verloren gehen — wegen eines Vertrags, den einer der vorigen Eigenthümer mit seinem Auktor bei der Uebertragung geschlossen hat. Wem von einem Eigenthümer cum animo dominii transferendi tradirt ist, der wird Eigenthümer, und gegen den Eigenthümer ist keine Vindikation möglich: hier aber haben wir Fälle, wo jene Erfordernisse nicht vor der Vindikation schützen. Alle Rechtsinstitute, die sich auf rechtmäßigen Erwerb beziehen, der uns nur nicht gegen die dinglichen Ansprüche eines Dritten sicher stellt, namentlich die erwerbende Verjährung [1]), sind lediglich auf den Fall des Erwerbs vom Nicht-Eigenthümer gerichtet, wären aber unter Voraussetzung jener Ansicht auch in gar manchen Fällen dem nothwendig, der a domino erworben. Wir müßten also für den, der bona fide von einem solchen Eigenthümer, dem unter einer gewissen Bedingung sein Eigenthum ipso jure entgehen kann, eine Sache erworben hat, entweder eine eigne erwerbende Verjährung schaffen — denn in unseren Rechts-Quellen ist sie nur dem gegeben, qui a non domino acquisivit — oder wir müßten sie Jenem aus demselben Grunde und aus dem noch triftigeren, weil er ja eigentlich Eigenthümer ist, und also der Begriff der Ersitzung nicht auf ihn paßt, absprechen, und so zu dem sonderbaren Resultat kommen, daß Einer, der sein Recht vom Eigenthümer ableitet, um vieles schlechter daran sein kann, als ein Anderer, der nur von einem Nicht-Eigenthümer erworben hat, und daß Einer gerade darum, weil er Eigenthümer ist, kein Mittel hat, zur Sicherheit seines Eigenthums je zu gelangen [2]). Aber gerade der Umstand, daß Jenem

1) Eben so die Eviktion, die Bestimmungen über bona fides.

2) Während z. B. der, der in gutem Glauben von einem Nicht-

nirgends ein der Ersitzung ähnlicher Schutz zugesprochen ist, den er doch gewiß verdient, sollte, dünkt mich, dazu beitragen, eine Theorie verdächtig zu machen, nach der er eines solchen Schutzes so sehr bedarf.

§. 2.

Man pflegt sich zur Erklärung jener Theorie auf mehrere allgemeine Regeln zu beziehen, in die sich durch ihre unbestimmte Allgemeinheit vielerlei hineinlegen läßt, aus denen sich aber, wie ich zeigen zu können glaube, für unsere Frage nur durch verschiedene petitiones principii etwas folgern läßt. Dahin gehört zuerst die Regel: resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum [1]. Es ist zu bemerken, daß diese Regel, in dieser Fassung wenigstens, in unseren Rechts-Quellen nicht vorkommt, daß sich also nicht aus ihrem Zusammenhang entscheiden läßt, für welche Fälle sie gemeint ist. Aber wenn wir sie gleich in ihrem umfassendsten Wortsinne gelten lassen, so ist sie doch auf unseren Fall nur durch Verwechselung des Begriffs eines aufgelösten Rechts mit dem eines aufgelösten Geschäfts anzuwenden. Wenn nämlich ein Recht von der Art ist, daß

Eigenthümer eine Mobilie gekauft hat, in drei Jahren vor allen dinglichen Klagen sicher ist, so kann der, der das Unglück gehabt hat, ohne von der Sache etwas zu wissen, von einem Eigenthümer zu kaufen, welcher seinem Verkäufer für ihn selbst und seine Erben auf ein Paar 100 Jahre (denn es giebt hier durchaus keine gesetzliche Zeitbeschränkung), im Falle eines besseren Gebots vom Kaufe abzugehen, gestattet hat, nach jener Theorie erst nach einigen Jahrhunderten zur Sicherheit seines Eigenthums gelangen; denn auch die erlöschende Verjährung der Klagen beginnt ihm erst von dem Augenblick an, wenn die Klage jenes Verkäufers eine actio nata ist, d. h. wo das bessere Gebot erfolgt ist.

1) Wening Civilrecht. 2te Aufl. Buch II. §. 8. Gesterding Lehre vom Pfandrecht. §. 39. Fritz im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 8. S. 288.

es durch die Existenz eines gewissen Thatumstandes so vernichtet wird (wie z. B. der ususfructus durch den Tod des Berechtigten), daß alle Dispositions-Befugniß über dasselbe so wenig über den Zeitpunkt seines Untergangs hinauszureichen vermag, wie das des Eigenthümers über den Zeitpunkt des Untergangs der im Eigenthum befindlichen Sache, so gehen freilich mit dem Recht des Ertheilers auch die von ihm an seinem Recht Andern ertheilten Rechte unter. So geht durch den Tod des Usufruktuar mit dem ususfructus auch das Pfandrecht an demselben verloren, so durch die Bezahlung der Schuld das pignus sammt dem pignus pignoris [1]. Ob aber das jus concedentis auf jene Weise resolvirt wird, das muß im einzelnen Falle immer erst nachgewiesen werden, um die Anwendung jener Regel zu rechtfertigen, also in unserm Falle, daß eine solche Auflösung beim Eigenthum aus einem Nebenvertrage Statt finde. Daß diese Auflösung des Eigenthums aber keineswegs aus der Auflösung des Eigenthum übertragenden Geschäfts folgt

---

1) Vielleicht ist hierin, daß ein von einem außer dem Eigenthümer dinglich Berechtigten eingeräumtes jus in re nie die Selbstständigkeit eines vom Eigenthümer konstituirten hat, indem seine Dauer immer durch Ereignisse in der Person des Koncedenten bedingt ist, der Sinn der Regel: servitus servitutis non datur zu suchen. Auf jeden Fall glaube ich, daß die L. 8. pr. D. quibus modis pignus (sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto pignus hypothecave perit), die Fritz a. a. O. S. 297., als seiner gewiß richtigen Theorie widerstreitend betrachtet, so erklärt werden muß, daß das „extincto usufructu“ und der Vergleich mit dem Uebergang einer körperlichen Sache nur auf die Fälle bezogen werden kann, wo der ususfructus durch eine Nothwendigkeit, die nur in der Rückkehr in das dingliche Recht des Eigenthümers, z. B. durch den Tod des Usufruktuars, begründet sein kann, aufhört, nicht aber auf solche, wo er vermöge einer persönlichen Verpflichtung aufgegeben wird. Vergl. die folgende Erörterung über das: nemo plus juris in alterum u. s. w.

(obgleich man oft stillschweigend beide Begriffe einander unterschiebt), ist oben nachgewiesen worden, und läßt sich noch von einer andern Seite zeigen. Man müßte nämlich auf diesem Wege nothwendig dahin kommen, auch bei dem pactum de retrovendendo, der laesio enormis und in allen Fällen der restitutio in integrum gegen ein Eigenthum übertragendes Geschäft, da doch in allen diesen Fällen das Geschäft aufgelöst wird, dasselbe anzunehmen. Und wirklich ist Gesterding a. a. O. ganz konsequent, zur Hälfte wenigstens, gerade zu dieser Ansicht gekommen; indem er in allen den Fällen, wo vermöge der Auflösung eines Geschäfts das Eigenthum einer Sache zurückübertragen werden muß, das Eigenthum zwar nie ipso jure aufgelöst sein läßt, und dem Rückerwerber nie eine dingliche Klage gestattet, die von dem Erwerber inzwischen konstituirten anderen dinglichen Rechte hingegen (mit einer unten zu erörternden Beschränkung für den Fall, daß die Bedingung vom Verpflichteten abhing) immer aufhören läßt. Während er also einerseits die Ansicht theilt, die hier durchzuführen versucht werden wird, aber aus Gründen der Interpretation, die mir durchaus ungenügend scheinen, geht er in Beziehung auf die dinglichen Rechte außer dem Eigenthum noch viel weiter, als alle anderen Juristen. Daß diese verschiedene Behandlung des Eigenthums und der anderen dinglichen Rechte gegen alle Analogie ist, daß hier wie sonst, was von dem Eigenthum als Ganzem gilt, auch von den juribus in re aliena als Theilen gelten muß, und so umgekehrt, ist bis zum Gegenbeweise bestimmt anzunehmen, ist auch von Thibaut [1] und von Zimmern [2] gerade in dieser Beziehung bemerkt worden. Es wäre in der That ein sonderbares Verhältniß, wenn es dem, der eine Sache zurückzugeben

1) Civilistische Abhandlungen. S. 387.

2) Civilistisches Archiv. Bd. 5. S. 251.

verbunden ist, nicht freistände, dem Berechtigten etwa durch eine unbedeutende Servitut einen kleinen Theil seines Eigenthums zu entziehen, wohl aber ihn seines ganzen Eigenthumsrechts durch Veräußerung der Sache selbst zu berauben. Es liegt aber, abgesehen von diesen materiellen Gründen, in jener Ansicht, die Rechte zu Gunsten eines Dritten, mit dem der Berechtigte in keinem persönlichen Verhältnisse steht, dem er also durch keine persönliche Klage verpflichtet seyn kann, aufhören läßt, ohne jedoch diesem Dritten eine dingliche Klage, also eine Klage gegen einen ihm nicht persönlich verpflichteten, zu gestatten, ein reiner Widerspruch, der sich am deutlichsten in ihrer Unausführbarkeit zeigen läßt. Man nehme folgenden Fall. Einer, dem sub lege commissoria eine Sache verkauft ist, giebt sie zum Faustpfand, oder tradirt sie wegen eines ususfructus, den er an ihr konstituirt hat. Darauf erlegt er den Kaufpreis nicht zur rechten Zeit. Jetzt erlischt nach G e s t e r d i n g das jus in re sofort zu Gunsten des Rückerwerbers; doch hat er, ehe ihm zurücktradirt worden ist, keine dingliche Klage. Auf welche Weise soll nun dem dinglich Berechtigten die Sache, die er nunmehr sine titulo besitzt, abgefordert werden? Der Rückerwerber, zu dessen Vortheil das Recht erlischt, kann es nicht: denn er hat ohne Tradition keine dingliche Klage, noch ist ihm der Inhaber des jus in re obligirt; der erste Erwerber, der das jus in re konstituirt hat, kann es aber eben so wenig: denn er kann aus dem Rechte eines Dritten, das er verletzt zu haben vorgiebt, nach den bekanntesten Grundsätzen kein Recht zur Anfechtung seines eignen Faktums ableiten; auch kann er seinem Veräußerer zu diesem Behuf keine Klage cediren, weil er selbst keine hat. Der Inhaber des erloschenen Pfandrechts z. B. kann also bis zur Bezahlung der Schuld ungestört im Besitz der Sache bleiben, und das Erlöschen seines Rechts zu Gunsten eines Dritten, der gleichwohl kein rechtliches Mittel zur Realisirung des ihm

aus dieser Erlöschung entstehenden Vortheils hat, erscheint als völlig bedeutungslos. Auf die Widerlegung der einzelnen Gründe Gesterding's, die zum Theil schon von Fritz in der angeführten Abhandlung, die hauptsächlich gegen jene Ansicht gerichtet ist, genügend ausgeführt ist, werde ich noch unten bei der Behandlung der einzelnen hieher gehörigen Rechts-Verhältnisse zurückkommen. Diese von der gewöhnlichen so sehr abweichende Darstellung von einem so scharfsinnigen Juristen, wie Gesterding, der selbst Wening [1]) beigetreten ist, zeigt übrigens, daß die Meinungen über diesen Punkt noch keinesweges einig sind, daß es daher nicht als eine Störung des juristischen Friedens betrachtet werden darf, eine neue Prüfung desselben zu versuchen.

Aus der letzten Erörterung glaube ich nun zwei für die ganze folgende Untersuchung sehr bedeutende Schlüsse ziehen zu dürfen.

Erstlich, daß die Frage von der Erlöschung der vom Erwerber ertheilten jura in re nicht von der Frage über die Vindikation des Veräußerers getrennt werden darf, und daß beide mit Ja oder beide mit Nein beantwortet werden müssen.

Zweitens, daß in keiner von beiden Beziehungen das resolutum jus concedentis im Sinne jener Rechtsregel aus der Auflösung des Geschäfts, welches das jus concedentis begründete, geschlossen werden kann, daß es vielmehr als der entschiedene Charakter der Resolution Eigenthum übertragender Geschäfte zu betrachten ist, daß der alte

1) Civilrecht. 2te Aufl. Buch II. §. 8. 3te Aufl. §. 126. not. a. Doch theilt Wening die Ansicht von Gesterding nur für den Fall der gesetzlichen Resolution und des pactum de retrovendendo, das er nicht als Resolutiv-Bedingung betrachtet (s. unten §. 7.), denn im Fall der Resolutiv-Bedingung läßt er auch Vindikation zu. ...

Eigenthumsstand nur durch persönliche Klagen unter den Kontrahenten, unbeschadet der vom interimistischen Eigenthümer ausgegangenen Rechte Dritter, wiederhergestellt werden kann.

Hieher gehört noch eine der obigen nahe verwandte Rechtsregel, die an vielen Stellen des Justinianeischen Rechtes vorkommt, und auf die man sich auch für unsere Streitfrage häufig berufen hat. Es ist die, daß Niemand mehr auf einen andern übertragen kann, als er selbst hat. Auf solche Fälle, wo einer das Recht wirklich nicht hat, was er übertragen will, wie bei der Veräußerung einer fremden Sache, oder, wo er es dem Inhalte nach beschränkt hat, wie bei der Veräußerung einer mit dinglichen Rechten belasteten Sache, ist jene Regel ohne alle Einschränkung anzuwenden. Wo es sich aber um die Beschränkung der Dauer eines Rechts handelt, ist einige Vorsicht nöthig, um nicht durch jene Regel zu seltsamen Irrthümern verleitet zu werden. Die Beschränkung der Dauer kann nämlich eine solche sein, die das dingliche Recht selbst unmittelbar afficirt (und zwar ist sie das dann, wenn sie selbst auf einem dinglichen Grunde beruht, so daß das Haben des Einen durch das Haben eines Andern beschränkt wird, wie z. B. das Erlöschen des ususfructus durch den Tod des Usufructuars auf dem Eigenthum des Proprietars, das Erlöschen des Pfandrechts durch Bezahlung der Schuld auf dem Eigenthume des Schuldners beruht, das in beiden Fällen durch das jus in re beschränkt war, und wieder ganz wird, sobald ein Umstand eintritt, der dieses vernichtet): und dann theilt sie sich, weil sie eine wirkliche Beschränkung des Habens ist, dem abgeleiteten Rechte mit. Die Beschränkung der Dauer eines dinglichen Rechts kann aber auch von der Art sein, daß sie das Recht selbst nur mittelbar berührt, nämlich vermittelst persönlicher Ansprüche an den Berechtigten, und hier kann [illegible] Recht

auf Uebertragung von Seiten des Berechtigten gerichtet, allerdings auf eine indirekte Weise der Dauer nach mehr haben, oder vielmehr, wie die Römer sagen würden, in meliore causa sein, als sein Auktor es war, indem er den persönlichen Klagen, die dem Rechte Jenes ein Ende machen können, nicht ausgesetzt ist. Ob aber diese Klagen, so lange sie nur persönlich sind, aus einem selbstständigen Vertrage auf Uebertragung, oder aus einem Nebenvertrage oder gesetzlichen Anspruch auf Zurück-Uebertragung einer Sache gerichtet sind, macht hier keinen Unterschied [1]). Das Verhältniß des Verkäufers, der ex pacto de retrovendendo oder ex laesione enormi eine actio venditi gegen den Käufer auf Rückgabe hat, ist dem Verhältniß des Käufers völlig gleich, der aus dem Kaufverträge eine actio emti auf Uebergabe hat, und, wenn man mit Gesterding annimmt, daß in jenem Fall die vom Käufer konstituirten Rechte aufhören, wenn er zur Rückgabe gezwungen wird, weil Niemand mehr auf einen Andern übertragen könne, als er selbst habe, so müßte man dasselbe aus demselben Grunde auch von den Rechten behaupten, die der Verkäufer in der Zwischenzeit zwischen dem Vertrage und der Tradition konstituirt hat; denn die Dauer des Rechts des Koncedenten ist in beiden Fällen auf gleiche Weise beschränkt. Diese Behauptung aber, vermöge deren jedes persönliche

---

1) In dieser Beziehung hat die alte Lehre vom dominium revocabile ex nunc, obgleich sie nichts Falsches enthält, offenbar etwas Verwirrendes. Es ist nämlich die damit bezeichnete Revokabilität, die nur durch eine persönliche Klage geltend gemacht werden kann, so wenig eine Eigenschaft, die das Eigenthum afficirt, als es die Verpflichtung zur Tradition aus dem Verkauf einer im Eigenthum des Verkäufers befindlichen Sache ist, und die Benennung ist daher ganz bedeutungslos. Nur der Gegensatz das s. g. dominium revocabile ex tunc, das freilich, insofern es in den Gesetzen begründet ist, etwas sehr Folgenreiches ist, hat dazu Veranlassung gegeben.

Recht am Ende ein dingliches werden würde, ist noch Niemanden eingefallen. — Aus dem allen folgt, daß, wenn man, der Regel: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet gemäß, ein vom Eigenthümer ertheiltes Recht in einem einzelnen Falle will aufhören lassen, zuvörderst bewiesen werden muß, daß das Eigenthum des Ertheilers auf die angegebene Weise durch ein dingliches Recht eines Andern beendigt wird.

Eine dritte Art, wie man jenen Eigenthums-Wechsel aus dem Römischen Rechte zu erklären sucht, ist die, daß man ihn als Folge der Zurückziehung der Bedingungen betrachtet, eine Erklärung, die mir noch unzulänglicher, als die vorigen erscheint. Da ich auf diesen Punkt des Zusammenhangs jener Vindikation mit der Zurückziehung der Bedingungen öfter werde zurückkommen müssen, so will ich hier meine Einwendungen nur kurz angeben. Das Wesen der Zurückziehung der Bedingung auf den Moment des Vertrages besteht darin, daß der Rechtszustand, der erst durch den Eintritt der Bedingung entschieden wird, angesehen wird, als habe er gleich nach dem Vertrage bestanden. Von welcher Art aber dieser Rechtszustand ist, das muß aus der Natur des Geschäfts überhaupt nachgewiesen werden, und die Zurückziehung kann nur die Datirung, nicht den Inhalt derselben, verändern. Wenn es in der Natur eines Geschäfts liegt, daß Einer dadurch Eigenthümer wird, so wird er, wenn dieses Geschäft bedingt ist und die Bedingung eintritt, so angesehen, als sei er von dem Moment der ersten Begründung seines Rechts an Eigenthümer gewesen; liegt ein persönliches Recht in der Natur des bedingten Geschäfts, so wird er angesehen, als habe er dieses Recht von Anfang an gehabt; aber unmöglich kann durch Zurückbeziehung die Natur des entstehenden Rechts selbst modificirt, und ein persönliches zu einem dinglichen erhoben werden.

§. 3.

Jene Uebergangs-Art des Eigenthums pflegt man, da es ihr charakteristisch ist, daß sie ohne Tradition vor sich geht, mit dem Ausdruck ipso jure zu bezeichnen. Für die Fälle, von denen hier die Rede ist, ist jener Ausdruck auf keinen Fall gesetzlich begründet: ob es die Sache selbst ist, wird sich unten ergeben. Wohl aber sind Ausdruck und Sache in zwei andern Fällen gesetzlich begründet, deren Erörterung wegen mancher inneren gegenseitigen Beziehungen auch auf unsere Materie manches Licht verbreiten wird.

1. Wenn eine Sache aus einem Eigenthum übertragenden bedingt abgeschlossenen Geschäft bereits tradirt ist, so tritt das Eigenthum des Empfängers mit dem Eintritt der Bedingung von selbst ein, ohne irgend eines neuen Faktums zu bedürfen. Hier sind nämlich alle faktischen Bedingungen des Eigenthum-Erwerbs bereits vorhanden, und es fehlt von beiden Seiten nichts, als bei'm Veräußerer der animus dominii transferendi, bei'm Erwerber der animus domini, also nur noch die juristischen Erfordernisse der Tradition, die natürlich keines äußeren Faktums mehr bedürfen. Das bedeutet hier der Ausdruck ipso jure, der in L. 9. §. 1. D. de jure dotium für dieses Verhältniß vorkommt, und dafür durchaus passend ist. Da nun hier dem Eigenthum des Veräußerers durch ein entstehendes dingliches Recht, also auf eine Weise, die sein Eigenthumsrecht wirklich der Dauer nach beschränkt, ein Ende gemacht wird, so müßten in der Kollision zwischen dem neuen Eigenthümer und den durch Ertheilung des Veräußerers, der ja bis zum Eintritt der Bedingung noch Eigenthümer ist, inzwischen dinglich Berechtigten allerdings diese Letzteren nachstehen. Doch ist wohl zu bemerken, daß diese Kollision mit dem Eigenthum gar nicht vorkommen kann, da der Veräußerer, ohne die Sache in Besitz zu haben, ohne sie also tradiren zu können,

ungeachtet seines Eigenthums keine Uebertragung vornehmen kann; daß sie aber auch mit anderen dinglichen Rechten, dem älteren Grund-Prinzip des Römischen Rechts nach, das immer zur Begründung eines dinglichen Rechts Tradition oder einen noch feierlicheren Akt erforderte, zu dem immer die faktische Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, nöthig war, nicht vorkommen konnte, sondern nur durch Abweichung von diesem Grund-Prinzip durch das Prätorische pactum hypothecae, vielleicht auch im neuesten Rechte durch vertragsmäßige Bestellung der Servituten möglich ward, Institute, die wohl noch manche andere Inkonsequenz mit sich geführt haben [1]. Es enthält also dieser Fall des Eigenthums-Uebergangs ipso jure nicht nur keine Ausnahme von der Regel, daß Tradition zum Eigenthums-Uebergang erforderlich ist, sondern auch im Ganzen nichts gegen die Sicherheit der vom Eigenthümer auf gehörige Weise konstituirten Rechte.

2. Der zweite hierher gehörige Fall gehört in eine Rechts-Sphäre, in der die Zulassung eines Erwerbs ohne Tradition so nothwendig ist, daß ohne sie aller Erwerb wegfallen müßte, nämlich in's Erbrecht. Wer nämlich direkt vom Erblasser erwirbt, kann nach dem Satze: nondum defuncti non datur hereditas nicht durch Tradition erwerben [2]. Direkt vom Erblasser erwerben muß aber der Erbe, und darum ward denn immer im Römischen Rechte unbe-

---

1) Es ist zu beachten, daß der ursprüngliche Fall, für den die actio Serviana gegeben ist, von der Art ist, daß er seiner faktischen Beschaffenheit nach Besitz des Verpfänders voraussetzt.

2) Wollte man auch zum Erwerb der einzelnen Erbschafts-Sachen Besitz-Ergreifung fordern, so müßte man doch immer vorher ein Recht an der Erbmasse annehmen, das zu jener Besitz-Ergreifung berechtigt, und dieses letzte Recht müßte immer ein dingliches sein.

deutlich angenommen, daß er Eigenthümer der ganzen Erbmasse, so wie der einzelnen Erbschaftssachen, durch die aditio hereditatis werde. Diese Erwerbsart hat dann auch hier durchaus kein Bedenken, da eine Kollision mit den Rechten Dritter hier nicht möglich ist, indem der Erbe die vom Erblasser ertheilten Rechte anerkennen muß, und zwischen Beide keine Dispositions-Fähigkeit eines Dritten in die Mitte tritt, da vor dem Antritt der Erbschaft die Erbmasse res nullius ist, so weit sie nicht durch eine Fiktion, als noch im Eigenthum des Erblassers befindlich, betrachtet wird. Dennoch ist im älteren Rechte bei der Testaments-Errichtung das Streben nicht zu verkennen, wo das Testament nicht durch Errichtung in den Komitien die Bedeutung einer Lex gewinnt, die Form der Erwerbung des Erbrechts den Formen des Eigenthums-Erwerbs durch mancipatio anzuschließen. — Nun werden aber aus einem Testament außer der ganzen Erbschaft auch einzelne activa erworben. Für diesen Erwerb zeigt sich nun ein doppelter Weg: entweder setzt man ihn an Unmittelbarkeit dem des Erben gleich, indem man ihn vom Erblasser direkt ausgehen läßt, so daß in keinem Augenblick die Sache dem Erben angehört und seiner Disposition unterworfen ist: dann muß das Recht des Legatars aus demselben Grund, wie bei'm Erben, ein dingliches sein. Man kann den Legatar aber auch durch Vermittelung des Erben erwerben lassen, und hier fällt jene Nothwendigkeit weg, weil in der Person des Erben eine persona obligata da ist. — Das ältere Römische Recht kennt bekanntlich bei'm Legat beide Arten des Erwerbs, deren Gegensatz sich unter den 4 Klassen der Legate am schärfsten in dem legatum damnationis und vindicationis ausspricht. Bei dem ersten, wo der Erbe den Erwerb des Legatars vermittelte, ließ man denn auch wirklich nur eine persönliche Klage zu, und daraus folgt, der obigen Entwickelung aus dem Wesen der persönlichen Klage gemäß,

daß, wenn der Erbe nach der aditio hereditatis, entweder, ehe der Legatar auf die Uebergabe des pure legati gedrungen hatte, oder auch pendente conditione bei'm bedingten Legat die legirte Sache ganz oder theilweise durch Ertheilung eines jus in re veräußert hatte, diese Veräußerung auch nach eingetretener Bedingung wirksam blieb, und der Legatar nur Entschädigung oder Ablösung des jus in re vom Erben verlangen konnte. Das Wesentliche des legatum vindicationis hingegen war, daß der Legatar unmittelbar, wie der Erbe, ein dingliches Recht erwarb, und die Sache in keinem Augenblick im Eigenthum des Erben war. Vom legatum vindicationis waren daher bei den klassischen Juristen alle jene Stellen gemeint, die von dem unmittelbaren Erwerb des Legatars reden [1]). Wenn daher das legatum vindicationis ein unbedingtes war, so erwarb der Legatar die Sache jure Quiritium, sobald das Testament durch die Antretung der Erbschaft in Kraft getreten war: nur war noch Streit darüber, ob die Sache ihm selbst ohne sein Wissen erworben werde [2]). Wie aber, wenn dem legatum vindicationis eine Bedingung hinzugefügt war? In welchem Zustande befand sich dann die Sache pendente conditione? Hier behauptete denn die eine der Schulen [3]), sie sei indeß im Eigenthum des Erben, und somit hätten wir denn, da dem Wesen des legatum vindicationis gemäß der Eintritt der Bedingung dem von dem Erben an Dritte ertheilten Eigenthum oder dinglichen Rechten ein Ende macht, schon im älteren Recht das für diesen Fall im Justinianeischen Recht, wie sich nachher ergeben wird, allerdings begründete Resultat,

---

1) z. B. L. 80. D. de legatis. II. L. 64. D. de furtis.

2) *Gajus*, II. §. 194.

3) *Gajus*, II. §. 200.: Illud quaeritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est, pendente conditione cujus esset: nostri praeceptores heredis esse putant.

daß Rechte, die vom Eigenthümer ertheilt sind, den Berechtigten nicht unbedingt schützen. Aber weit richtiger und als eine nothwendige Konsequenz aus dem Wesen des legatum vindicationis, das ja gerade darin besteht (wie es in mehreren Pandektenstellen, wo freilich das Wort vindicationis nicht mehr steht, treffend ausgedrückt ist) „recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transire, numquam factum heredis" behauptete die andere Schule, daß auch in diesem Falle das Eigenthum nicht einstweilen auf den Erben übergehe, sondern die Sache bis zur Entscheidung der Bedingung res nullius sei [1]), wie die ganze Erbmasse es ist, wenn der Erbe unter einer Bedingung eingesetzt ist. Woher sollte denn auch das einstweilige Eigenthum des Erben hier kommen, da ja der Legatar eben so direkt, wie der Erbe, berechtigt ist, und, wenn das Recht des Legatars von dem Eintritt der Bedingung abhängig ist, das des Erben eben so gut von deren Nicht-Eintreten abhängt, so daß man im Grunde dem Legatar ganz mit gleichem Rechte das einstweilige Eigenthum zusprechen könnte. Mit Voraussetzung dieser richtigeren Ansicht ist nun im älteren Rechte bei den bedingten Legaten alles in der größten Konsequenz. Entweder ist der Erbe in der Zwischenzeit Eigenthümer — nämlich bei'm legatum damnationis — dann ist die Klage des Legatars nur eine persönliche, und die vom Erben ausgegangenen dinglichen Rechte bleiben ungekränkt, oder diese fallen weg — nämlich bei'm legatum vindicationis — dann war aber auch der Erbe, als er sie bestellte, nicht Eigenthümer. Erst durch das Justinianeische Durcheinanderwerfen der verschiedenen Arten der Legate ist Verwirrung entstanden,

---

1) *Gajus* l. c. Sed diversae scholae auctores putant, nullius interim eam rem esse: quod multo magis dicunt de eo, quod sine conditione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

gerade so wie durch dasselbe die einen reinen Widerspruch enthaltende Konkurrenz der condictio des Legatars mit seiner Eigenthums-Klage entstanden ist [1]), die doch Justinian selbst in den Institutionen für eine der condictio furtiva ganz eigenthümliche Sonderbarkeit erklärt. Gerade so wie in diesem Punkte der Erbe zugleich als Eigenthümer, in so fern er mit der condictio, und als Nicht-Eigenthümer, in so fern er mit der vindicatio belangt wird, erscheint, so auch in unserem Falle. Während nämlich, der Natur des legatum vindicationis gemäß, dem Justinian die übrigen Legate gleichgesetzt hat, die dinglichen Rechte, die der Erbe pendente conditione bestellte, mit dem Eintritt derselben erlöschen, als wäre der Erbe nicht Eigenthümer, heißt es doch in mehreren Stellen der Pandekten, die ursprünglich vom legatum damnationis handelten, aber vielleicht aus der oben angeführten inkonsequenten Ansicht mancher älteren Juristen hervorgegangen sind [2]), daß der Erbe bis zum Eintritt der Bedingung Eigenthümer sei.

Hier hätten wir denn freilich einen Fall, wo dingliche Rechte, die vom Eigenthümer ertheilt sind, durch den Eintritt einer Bedingung ipso jure erlöschen! Doch ist nachgewiesen worden, daß dieses Erlöschen auf einer inkonsequenten Vermengung verschiedenartiger Begriffe beruht; auch ist nicht zu übersehen, daß der letzte Grund hier nicht in einem Vertrage, sondern in einem Testament liegt, das immer zwischen Privat-Disposition und Gesetz in der Mitte steht.

§. 4.

Wir kommen nun auf den Fall zurück, von dem unsere Betrachtungen ausgingen. Ein bedingter Nebenvertrag über

1) Vergl. Gans Römisches Obligationenrecht. S. 33.

2) z. B. L. 66. D. de R. V.

die Auflösung, der einem Eigenthum übertragenden Geschäft hinzugefügt wird, soll die Wirkung haben, daß er das Eigenthum des Veräußerers mit Eintritt der Bedingung ipso jure wieder herstellt, und so dem Eigenthum sowohl, als den andern dinglichen Rechten, (jedoch nach Gesterding nur diesen) die der aus dem Hauptvertrage Erwerbende, der unstreitig Eigenthümer ist, vor Eintritt der Bedingung ertheilt hat, ein Ende macht.

Daß es von den ersten Zeiten des Studiums des Römischen Rechts an nicht an Zweifeln gegen die Richtigkeit dieser Theorie und an Versuchen der Widerlegung gefehlt hat, wird wohl Niemanden befremden. Schon die Glosse [1]) wirft an mehreren Orten die Frage auf, wie es denn zugehe, daß hier Eigenthum ex pacto ohne Tradition entsteht; sie begnügt sich aber mit der Antwort, daß das bei der addictio in diem und bei der Lex commissoria so sei. Auch Cujacius hat an mehreren Stellen seiner Werke der Sache abzuhelfen gesucht: doch ist er in der einen [2]) nur zu allerhand unbegründeten Suppositionen in der Interpretation gekommen, in der andern [3]) läßt er sich am Ende die gewöhnliche Ansicht der Sache nach gefallen, indem er sie nur etwas anders erklärt, nämlich so, daß er die Vindikation nicht aus dem pactum, sondern aus der resolutio negotii folgen läßt. Da aber die resolutio selbst doch wieder ihren Grund im pactum hat, und mithin im Eigenthumserwerb ex pacto durchaus nicht zu verkennen ist, da ferner jene Wirkung, wie oben gezeigt ist, keinesweges als Folge der Resolution betrachtet werden darf, so hilft diese Erklärung der Sache nicht. Später hat Anton Faber

---

1) J. B. ad L. 41. D. de R. V.

2) ad tit. Cod. de pactis inter emtorem et venditorem.

3) ad L. 41. §. 1. D. de R. V.

gegen die herrschende Ansicht geeifert [1]); doch haben weder seine Versuche einer neuen Interpretation, noch die nichtssagenden Distinktionen anderer älteren Juristen die dem Anschein nach sehr bedeutenden, aus Römischen Gesetzes-Stellen entnommenen Argumente zu beseitigen vermocht, so daß Thibaut mit Recht über die früheren Versuche das Urtheil fällt, man müsse der Sache auf eine andere Weise zu helfen suchen, oder die Unauflöslichkeit des Problems anerkennen; worauf sich denn Thibaut selbst aus rein positiven Gründen unbedingt für die Vindikation ausspricht. Später hat Zimmern a. a. O. erinnert, daß man durchaus berücksichtigen müsse, ob nicht die Absicht der Kontrahenten bloß auf eine persönliche Klage aus dem Neben-Vertrage gerichtet war, ohne jedoch auf die alte Unterscheidung zwischen verbis directis und obliquis ausdrücklich zurückzukommen. Gegen diese Beschränkung läßt sich nun im Allgemeinen gewiß nichts einwenden: denn es wäre unbegreiflich, daß ein Vertrag auf eine bloß persönliche Klage, die doch der Natur des Vertrages nach gerade die ihm eigenthümliche ist, nicht einmal, wenn die Partheien ausdrücklich es so gewollt haben, sollte gerichtet sein können. Zimmern's Ansicht sind denn auch beigetreten Fritz a. a. O. und Wening in der dritten Ausgabe seines Lehrbuchs. In so fern diese Ansicht auch Vindikation zuläßt, wenn die Partheien dieselbe beabsichtigt, so treffen auch sie die obigen Zweifel; von ihrem Verhältniß zur Interpretation wird unten (§. 10 — 12.) die Rede sein.

Um zunächst das streitige von dem nicht streitigen zu sondern, ist noch eine Bemerkung nöthig. Da man bisher jene Wirkung der Resolutiv-Bedingungen auf die Lehre von der Zurückbeziehung der Bedingungen bezog, so ließ

---

1) Rationalia ad Pandectas ad L. 41. D. de R. V. Ich werde später noch auf seine Interpretation dieser Stelle zurückkommen.

man sie ganz konsequent in den Fällen wegfallen, wo die Bedingung von der Art ist, daß sie nicht zurückbezogen wird. Nun wird bekanntlich eine Bedingung dann nicht zurückbezogen, wenn ihr Eintritt durch den verhindert werden kann, der dadurch verpflichtet wird [1]. Verpflichtet wird nun aber aus dem Neben-Vertrage der Auflösung derjenige, der aus dem Geschäft selbst erwarb; die Vindikation des Veräußerers muß also wegfallen, wenn die Bedingung von der Willkühr des Erwerbers abhing. So steht denn auch die Sache ganz richtig bei den meisten Juristen, namentlich bei Gesterding [2]) und bei Zimmern [3]). Durch ein Versehen findet sich aber zuerst bei Thibaut [4]), später bei Seuffert [5]) und bei Wening [6]) gerade das umgekehrte, nämlich, daß die Vindikation wegfällt, wenn die Bedingung von der Willkühr des Rückerwerbers abhängt. Daß diese Umkehrung bei Thibaut in der That auf einem bloßen Versehen, nicht auf einer Meinungs-Verschiedenheit beruht, läßt sich auf's strengste daraus beweisen, daß er in den Civilistischen Abhandlungen sich gerade auf die L. 3. qbs. mod. pign. bezieht (vgl. §. 8.), auf die sich die entgegengesetzte Ansicht ganz entschieden stützt, sie aber so nimmt, als enthielte sie ein Neurecht des Verkäufers, obgleich sie ausdrücklich sagt „nisi emtori displicuisset;" daß er ferner im Kompendium [7]) gerade mit Beziehung auf §. 124. bei der addictio in diem und der Lex commissoria, deren

1) Die Gründe hiervon sind sehr gut entwickelt von Gesterding, Pfandrecht. S. 9 fgg.
2) Pfandrecht. §. 39.
3) Civ. Arch. Bd. 5. S. 250—252.
4) Civilistische Abhandlungen. S. 367—368. Pandekten. §. 124.
5) Erörterungen. Thl. 2. S. 93.
6) Civilrecht. 2te Aufl. Buch II. §. 7. In der dritten Auflage ist dieses Versehen abgeändert.
7) Pandekten. §. 958—960.

Realisirung vom Rückerwerber abhängt, die Vindikation zuläßt, ihrer aber bei'm pactum displicentiae nicht erwähnt, in den Resultaten also die richtige Meinung anerkennt. Zimmern hat am Schlusse der angeführten Abhandlung jenen Irrthum genügend nachgewiesen, und jede weitere Bemerkung darüber wäre überflüssig gewesen, wenn er sich nicht noch in Schriften, die viel später, als die Abhandlung von Zimmern, erschienen sind, namentlich noch in der kürzlich erschienenen siebenten Ausgabe von Thibaut's Pandekten §. 124. fände.

§. 5.

Nach dieser nöthigen Festsetzung des Streitpunktes gehe ich zur Erörterung der Sache selbst über. Es ist schon von Thibaut (a. a. O. S. 368.) anerkannt worden, daß die Lehre, die hier bestritten wird, keineswegs als allgemeine Regel in irgend einer Gesetzesstelle enthalten, sondern nur abstrahirt ist aus den Bestimmungen über zwei solcher bei'm Kauf vorkommender Nebenverträge, die addictio in diem und die Lex commissoria, zu denen Zimmern noch die donatio mortis causa hinzugefügt hat. Ich werde nun zunächst zu zeigen suchen, daß eine Stelle, deren Inhalt ziemlich allgemein ist, indem sie von allen bei'm Kaufe vorkommenden Neben-Verträgen jener Art spricht, nicht nur nichts für jene Regel, sondern eine stark gegen dieselbe sprechende Analogie enthält; daß ferner aus dem Römischen Recht jenen angeführten Neben-Verträgen eine bedeutend überwiegende Mehrzahl ähnlicher entgegengesetzt werden kann, in denen sich der entgegengesetzte Grundsatz der persönlichen Rückforderung entschieden ausspricht, so daß wir auf jenem Wege des Abstrahirens zu keinem konsequenten Resultat gelangen können.

Jene Stelle ist die L. 19. D. de usucapionibus. 41, 3.

Si hominem emisti, ut, si aliqua conditio exstitisset, inemtus fieret, et is tibi traditus est, et postea conditio emtionem resolvit: tempus, quo apud emtorem fuit, accedere venditori debere existimo: quoniam eo genere retroacta venditio esset, redhibitioni similis; in qua non dubito, tempus ejus, qui redhibuerit, venditori accessurum, quoniam ea venditio proprie dici non potest.

Es kam dem Javolenus in jener Stelle darauf an, für den Fall der Resolutiv-Bedingung bei'm Kauf die Anrechnung der Zeit, während welcher der Käufer besessen, zu Gunsten der Ersitzung des Verkäufers zu begründen. Wenn man nun für jenen Fall das Prinzip der Vindikation angenommen hätte, warum leitete man nicht die accessio temporis aus dem viel stärkeren Grunde ab, daß das Recht des Veräußerers so wieder entsteht, als wäre es nie verloren gewesen, und machte anstatt dessen den Umweg zu der viel schwächeren Analogie der actio redhibitoria? Und konnte man wohl überhaupt so unbedingt sagen: quoniam eo genere retroacta venditio esset redhibitioni similis, wenn zwischen beiden ein so mächtiger, ihr innerstes Wesen berührender Unterschied Statt fand? Wenn gleich diese Analogie, die, in einer weiteren Beziehung ausgesprochen, ein unwiderlegliches Argument gegen die herrschende Ansicht enthalten würde, durch die beschränkte Beziehung auf die accessio possessionis, in der sie hier vorkommt, sehr an Gewicht verliert, so scheint sie mir doch, da sie eine allgemeine Analogie als ratio der speziellen ausspricht, mit der Vorstellung von der Vindikation als Regel für jene Fälle nicht wohl vereinbar zu sein.

§. 6.

Die einzelnen Neben-Verträge, an denen sich außer den dreien, auf die man sich bis jetzt bezogen, jene Lehre

prüfen läßt, sind theils solche, die einem Geschäft beigefügt sind, das nichts als eine einseitige Eigenthums-Uebertragung enthält, theils solche, die dem Kauf beigefügt sind. Diese Sonderung ist wichtig wegen der Verschiedenheit der Rückforderungs-Klagen in beiden Fällen und wegen des daraus hervorgehenden verschiedenen Ganges der Argumentation für unsere Lehre. Da bei den Verträgen der ersten Art nämlich die Rückforderungs-Klage, wenn sie nicht Vindication ist, condictio ist, diese aber nicht mit der Vindikation konkurriren kann, so genügt, um für einen solchen Fall die Vindikation auszuschließen, die Nachweisung, daß für den Fall eine condictio gegeben ist. Bei den Neben-Verträgen des Kaufes hingegen muß dieser Beweis auf andere Weise geführt werden, da ja im Allgemeinen mit der actio venditi gar wohl die Vindikation konkurriren könnte.

Fälle der ersten Art enthalten nun z. B. folgende Gesetzesstellen.

1) L. 15. D. de condictione causa data. 12. 4. Pomponius, lib. 28. ad Sabinum.

Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum, quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. Ages cum Attio, *dare eum tibi oportere: quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit.* — — — Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses ejus hominem. — —

In diesem Fall sind alle nöthigen Merkmale vorhanden; der Veräußerer hat den Empfänger zum Eigenthümer des Sklaven gemacht, und sich den Rückerwerb unter der Bedingung, daß Jener unschuldig befunden werde, ausbedungen. Wäre nun der Sklave nicht hingerichtet worden, und die Bedingung der erkannten Unschuld eingetreten, so mußte der

Veräußerer ihn kondiciren (quia — dare — oportuerit); er würde also nicht mit Eintritt der Bedingung ipso jure wieder Eigenthümer.

2) L. 2. D. de condictione indebiti. 12, 6.

Wenn etwas gezahlt wird mit dem Neben-Vertrage, daß es zurückgegeben werden solle, wenn es als ein indebitum erscheine, so müßte auch nach jener Lehre Vindikation eintreten; doch wird eben so, wie bei dem indebitum, das ohne jenen Neben-Vertrag gezahlt wird, repetitio gegeben, was fast in jedem Fragment der hieher gehörigen Titel ganz gleichbedeutend mit condictio vorkommt.

3) L. 7. §. 3. L. 8. D. de jure dotium. 23, 3.

Wenn eine Braut dem Bräutigam eine dos giebt, ohne sich das Eigenthum bis zur Hochzeit vorzubehalten, sondern nur unter der Nebenberedung, daß es wieder zu ihr zurückkehre, wenn die Hochzeit nicht erfolge, so hat sie zur Realisirung eine condictio, keine vindicatio.

4) L. 9. pr. D. de cond. causa data. 12, 4.

Eben dieselbe Klage steht einem Dritten zu, der für eine Braut vor der Vermählung dem Bräutigam eine dos gegeben, und sich im Fall der nicht erfolgenden Verbindung die Rückgabe bedungen hat.

Diese Fälle, deren Aufzählung sich leicht um viele vermehren ließe, bewähren hinlänglich, daß wenigstens für diese Art des Rückerwerbs eine persönliche Klage die feste Regel bildet, was auch schon Zimmern a. a. O. S. 248 — 249. anerkannt hat. Nur eine Stelle, die sich auf die mortis causa donatio bezieht, erregt in Betreff dieses Geschäfts einen Zweifel, den ich weiter unten zu lösen suchen werde.

§. 7.

Wir kommen jetzt zu den Neben-Verträgen, wodurch bei'm Kaufe dem Verkäufer unter einer gewissen Bedingung

das Eigenthum wieder zurückerworben werden soll. Hieher gehört besonders der Neben-Vertrag, daß der Verkäufer das Eigenthum wieder haben solle, wenn er innerhalb einer gewissen Zeit dem Käufer den Kaufpreis zurückerlegt, das s. g. pactum de retrovendendo. Alle Stellen des Römischen Rechts, die von diesem Neben-Vertrage handeln, besonders

L. 12. D. de praescriptis verbis. 19, 5.

L. 2. L. 7. C. de pactis inter emtorem et venditorem. 4, 54.

geben dem Verkäufer nur persönliche Klagen, und unsere Juristen sind auch jetzt allgemein darüber einverstanden, daß ihm keine dingliche Klage aus diesem Neben-Vertrage zukommt.

Thibaut, Pandekten. §. 957.

Wening, Civilrecht. Buch III. §. 274.

Zimmern a. a. O. S. 234. 35.

Wohl aber findet sich bei den meisten Juristen, namentlich bei Thibaut a. a. O. und bei Wening [1]) die Ansicht, daß dieser Neben-Vertrag nicht mit den andern, bei denen die Vindikation des Verkäufers angenommen wird, zusammengestellt werden könne, weil jener nicht, wie diese, eine Resolutiv-Bedingung enthalte, weshalb denn auch Thibaut sehr konsequent ausdrücklich bemerkt, daß die Vindikation gestattet sei, wenn er als Resolutiv-Bedingung dem Kaufe beigefügt ist. Diese Unterscheidung scheint mir aber aus folgenden Gründen unhaltbar zu sein.

Es ist oben ausgeführt worden, daß im Wesen der Resolution eines zweiseitigen Vertrages die Ursache der ipso jure entstehenden Vindikation des Veräußerers durchaus nicht zu suchen ist, da (die Richtigkeit der herrschenden Ansicht über die Lex commissoria und addictio in diem

1) Civilrecht. Buch III. §. 272. verglichen mit §. 389.

noch einstweilen vorausgesetzt) doch in einer bedeutenden Mehrzahl von Fällen das resolvere nichts bedeutet, als daß die Kontrahenten, das, was sie haben würden, wenn der Vertrag nicht eingegangen wäre, von einander durch persönliche Klagen und Einreden zurück erhalten können. Da es nun an positiven Belegen für die Vindikation für diesen Neben-Vertrag, auch wenn er als Resolutiv-Vertrag eingegangen würde, fehlt, wir also die Folgen der Resolution aus der Analogie ableiten müssen, warum sollen wir sie nicht aus dem ableiten, was der Regel nach bei der Resolution Rechtens ist, sondern gerade aus den Eigenthümlichkeiten der addictio in diem und Lex commissoria? — Worin sollen wir aber ferner das unterscheidende Prinzip suchen, weshalb dieser Neben-Vertrag, vermöge dessen doch auch alles, so gut, wie vermöge der andern, in den Zustand zurückkehrt, in dem es ohne den Hauptvertrag gewesen wäre, nicht eben so, wie z. B. das pactum addictionis in diem als Resolutiv-Vertrag, oder, wie man sich gewöhnlich ausdrückt, als Resolutiv-Bedingung gelten soll [1]), da wir ja auf keinen Fall in der Vindikation, die erst aus der Unterscheidung hervorgehen soll, das Princip der Unterscheidung selbst suchen dürfen? Wenn die Verabredung, daß Waare und Kaufpreis zu ihrem vorigen Eigenthümer zurückkehren sollen, wenn es dem Verkäufer gefällt, ein besseres Gebot anzunehmen, als auflösender Neben-Vertrag betrachtet wird, warum soll die Verabredung, daß dasselbe geschehen soll, wenn es dem Verkäufer aus irgend einem andern Grunde, etwa, weil die Sache im Preise gestiegen, gefällt, nicht als

1) Es scheint mir eine irrige und zu falschen Vorstellungen führende Terminologie, von einem Vertrage zu sprechen, der eine Resolutiv-Bedingung ist, und, anstatt von den Wirkungen des Resolutiv-Vertrages, von den Wirkungen der Resolutiv-Bedingung zu handeln, da doch eine Bedingung keine, oder, wenn man will, nur negative Wirkungen hat.

auflösend betrachtet werden? Man könnte sich demnach nur auf eine leere historische Zufälligkeit berufen, wenn man wirklich nachweisen oder doch wahrscheinlich machen könnte, daß die Römer jenes pactum de retrovendendo nicht als resolvirenden Neben-Vertrag betrachtet haben. Es geht nun aber mit Bestimmtheit das Gegentheil hervor aus

L. 7. C. de pactis inter emtorem et venditorem. 4, 54.

Si a te comparavit is, cujus meministi, et convenit, ut si intra certum tempus soluta fuerit data quantitas, *sit res inemta*, remitti hanc conventionem rescripto nostro non jure petis [1]. Sed si se subtrahat, ut *jure dominii* eandem rem retineat: denunciationis et obsignationis depositionisque remedio contra fraudem potes juri tuo consulere.

Es zeigen nämlich die Worte: *res inemta sit*, die gerade der stärkste Ausdruck für das Resolviren sind, daß die Römer ganz vernunftgemäß diesen Neben-Vertrag so gut wie andere ähnliche als resolvirend für das Hauptgeschäft in ihrem Sinne betrachteten; und dennoch liegt in den Worten *jure dominii*, so wie in dem ganzen, dem Rückerwerber angerathenen Verfahren, das ganz das bei persönlichen Forderungen im Falle der mora des Verpflich-
[illegible]

1) Es scheint mir in dieser Stelle durchaus unbegreiflich, wie denn der Verkäufer, zu dessen Vortheil jenes pactum hinzugefügt ist, und von dessen Willen seine Realisirung abhängt, dazu kam, um Erlassung desselben anzuhalten. Nur mit dem größten Zwange lassen sich die Worte „remitti hanc conventionem“ auf die Erweiterung des Termins beziehen. Es scheint mir, als müsse man durchaus mit einer leichten Veränderung *petit* für *petis* lesen, und annehmen, daß beide Partheien zugleich ein Rescript nachsuchten, der Verkäufer zur Realisirung, der Käufer zur Erlassung des Vertrages. Nur so gewinnt die Stelle einen vollkommenen Zusammenhang; doch ist dieser Umstand für unsere Erörterung gleichgültig.

teten erforderliche ist, der strengste Beweis, daß hier das Eigenthum bei'm Käufer bleibt, und der Veräußerer nur persönliche Klagen gegen ihn hat. Man muß nun ja nicht annehmen, daß in dieser Stelle ein auf andere Weise geschlossener Vertrag zu Grunde liege, als in der L. 2. ibid. und in den andern Stellen, in denen es, statt ut res inemta sit, heißt: ut res restitueretur oder redderetur. Denn diese Ausdrücke sind der Sache nach ganz gleichbedeutend, da hier, wie in den Fällen der gesetzlichen Restitution, z. B. bei der actio redhibitoria das inemtum esse und resolvi nichts bedeutet, als die gegenseitige Verpflichtung zur Wiederherstellung des alten Zustandes, so daß das res inemta sit zu dem res redderetur sich wie die Ursache zur Folge verhält [1]).

Hieraus geht zur Genüge hervor, daß der angefochtene Grundsatz sich als Grundsatz nicht einmal in der beschränkten Beziehung auf die auflösenden Neben-Verträge des Kaufs durchführen läßt, sondern daß man nur mit der Glosse sagen kann, es sei nun einmal aus den zwei bekannten Neben-Verträgen — ohne allen inneren Grund, gegen alle Analogie und ganz gegen die Natur der Verträge — eine dingliche Klage gestattet. Wie unerfreulich für die Anwendung und wie wenig ehrenvoll für das Römische Recht eine so durchaus verschiedene Behandlung der gleichartigsten Dinge wäre, bedarf wohl keiner Erinnerung.

§. 8.

Ein ganz ähnliches Resultat gewährt die Betrachtung eines verwandten Neben-Vertrages, des pactum displi-

1) Gegen die Ansicht von Gesterding, der auch hier, obgleich er die bloß persönliche Klage des Veräußerers anerkennt, ohne den geringsten positiven Grund die vom Käufer ertheilten jura in re aufhören läßt, genügt für diesen Fall die obige allgemeine Widerlegung.

centiae. Die Quellen für die Behandlung dieses Neben-Vertrages sind folgende Stellen:

L. 3. D. de contrahenda emtione (*Ulpianus*).

Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione.

L. 2. §. 5. D. pro emtore (*Paulus*).

Sed et illa emtio pura est, ubi convenerit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit.

L. 4. pr. C. de aedilitiis actionibus.

Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemtum sit: id, utpote sub conditione [1]) venditum resolvi et redhibitoriam actionem adversus venditorem competere, palam est.

L. 6. pr. D. de resc. vend. (*Paulus*).

Si convenit, ut res, quae venit, si intra certum diem displicuisset, redderetur, ex emto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima emti in factum datur.

L. 31. §. 22. D. de aedilitio edicto (*Ulpianus*).

Si quid ita venierit, ut, si placuerit, intra certum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur. — — —

1) Man sieht leicht, daß „conditio" hier in einer abweichenden Bedeutung vorkommt, in welcher es in den Pandekten schwerlich wird gefunden werden, nämlich ungefähr in dem Sinne, wie wir von Kaufbedingungen reden, worunter wir nicht die außer dem Geschäft liegenden Thatumstände verstehen, wovon die Existenz der rechtlichen Folgen desselben abhängig gemacht wird, sondern die einzelnen beiderseitigen Forderungen und Zugeständnisse, durch welche die Eingehung des Rechtsverhältnisses selbst bedingt wird. In diesem Sinn ist jede Klausel des Geschäfts, z. B. über Zeit und Ort der Zahlung des Kaufpreises, also auch über eine bedingte Resolution des Geschäfts, conditio zu nennen. Dann bedeutet aber conditio nicht die Bedingung des Resolutiv-Vertrags, sondern den Resolutiv-Vertrag selbst.

L. 3. in fine qbs. modis pignus (*Ulpianus*).
— — quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

In den drei ersten dieser Stellen ist der Vertrag in den Worten gefaßt, ut res inemta sit, in der vierten heißt es ut redderetur, in der fünften, ut redhibeatur. Ist nun für den Fall des inemtum eine verschiedene Behandlung sichtbar in dem Sinn, daß hier in einem höheren Grade Resolution des Geschäfts, oder gar Vindikation einträte? Zeigt nicht die Betrachtung der obigen Stellen deutlich genug, daß alle jene Ausdrücke auf dasselbe hinausgehen? In der L. 4. C. wird wie in der L. 31. §. 22. D. die actio redhibitoria auf Auflösung gegeben, die der actio emti der Wirkung nach gleich ist, und noch entschiedener als diese den plötzlichen Rückfall des Eigenthums zum Verkäufer ausschließt. Daß aber die L. 4. C., wo der Vertrag mit den Worten „ut res inemta esset" bezeichnet ist, die actio redhibitoria und nicht die actio emti giebt, beruht auf dem oft vorkommenden Zweifel, ob zum Zweck der vertragsmäßigen Auflösung eines Kontrakts die Kontrakts-Klage selbst dienen könne, wovon unten mehr die Rede sein wird. Daß übrigens auch dieser Zweifel nicht gerade an den Worten „inemtum esse" hängt, zeigt unter andern gleich die citirte L. 6. D. de resc. vend., wo, ungeachtet des ut redderetur, doch zwischen der actio emti und einer actio in factum geschwankt wird.

Daß nun aus diesem Vertrage Vindikation Statt finde, oder die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte erlöschen, wogegen die L. 3. quib. mod. pign. ganz bestimmt entscheidet, hat denn nun auch noch Niemand behauptet [1],

---

1) Zimmern a. a. O. S. 246. Nro. VI. macht zwar auch hier den Unterschied zwischen der Resolution ipso jure, und der Kontrakts-Klage auf Rückgabe geltend, sagt indeß nicht, daß er im ersten Falle auch hier Vindication zulasse.

obgleich man immer diesem Neben-Vertrage die Kraft einer Resolutiv-Bedingung zugeschrieben hat.

Thibaut, Pandekten. §. 960.

Wening, Civilrecht. Buch III. §. 389.

Man hat aber hier einen besondern Grund des Wegfallens der Vindikation darin gesucht, daß die Bedingung, die in dem si emtori displicuisset liegt, nicht auf den Augenblick des Vertrags zurückbezogen wird, weil sie von der Willkühr dessen abhängt, der durch ihren Eintritt seine Eigenthumsrechte verlieren sollte, des Käufers. Ich werde zu zeigen suchen, daß die Vindikation von der Zurückziehung der Bedingung nicht darf abhängig gemacht werden, so daß, wenn jene Vindikation in dem Charakter des Resolutiv-Vertrags läge, sie auch hier hätte angenommen werden müssen.

Die rechtlichen Wirkungen, die dem Eintritt einer Bedingung folgen, sind theils solche, die schon daraus hervorgehen, daß das purificirte Rechts-Verhältniß in dem Augenblick der eingetretenen Bedingung existent wird; theils aber solche, die sich erst darauf gründen, daß das nunmehr entstandene angesehen wird, als habe es schon von dem Augenblick an existirt, in dem durch die Eingehung des bedingten Geschäfts der Grund dazu gelegt worden. Natürlich sind nur diese letzteren, nicht die ersteren Wirkungen von der Frage abhängig, ob im einzelnen Falle die Bedingung auf jene Art zurückbezogen wird. So beruht z. B. die Verpflichtung zur Herausgabe der an einer bedingt versprochenen Sache pendente conditione gezogenen Früchte lediglich darauf, daß angenommen wird, der Versprechende sei schon vom Augenblick des Versprechens an verpflichtet gewesen; sie muß also wegfallen, wo diese Annahme wegfällt, d. h. wo die Bedingung nicht zurückbezogen wird. Die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache selbst hingegen nach dem Eintritt der Bedingung beruht ganz einfach darauf, daß die Verpflichtung nunmehr zur Wirklichkeit gekommen;

auf sie hat denn auch die Frage von der Zurückbeziehung der Bedingung keinen Einfluß. Daß nun die hier in Frage stehende Wirkung gerade zu dieser Art von Wirkungen gehört, scheint mir nicht bezweifelt werden zu können. Denn der Rückfall des Eigenthums vom Erwerber zum Veräußerer ist etwas, was im Augenblick der Existenz der Bedingung geschieht, und so wenig auf der Beziehung auf irgend einen vorhergehenden Moment zu beruhen braucht, daß, wenn in dem Vertrag oder in der Resolution nur jene Wirkung läge, sie eben so gut sofort eintreten müßte, wenn jene unbedingt wären und sofort ihre Wirkung äußern sollten. So wenig man die Verpflichtung zur Tradition der versprochenen Sache aus einem bedingten auf Eigenthums-Uebertragung gerichteten Geschäft davon abhängig machen darf, ob die Bedingung auf den Moment des Vertrages zurückbezogen wird, so wenig man also jene Verpflichtung darf wegfallen lassen, wenn die Erfüllung der Bedingung von dem abhing, der zu tradiren hat, eben so wenig Grund wäre vorhanden, jenen plötzlichen Wechsel des Eigenthums, der ja gerade die Tradition ersetzen soll, wenn er einmal anstatt jener begründet ist, von der Zurückziehung der Bedingung abhängig zu machen. Man vergesse doch nicht, daß das Hinzufügen einer Bedingung den Grad der Wirksamkeit eines Geschäfts nicht zu erhöhen und nicht zu vermindern vermag. So wenig die Hinzufügung einer Bedingung die persönliche Wirkung eines Vertrages in eine dingliche verwandelt, weil sie zurückbezogen wird, eben so wenig ist einzusehen, warum sie, weil sie nicht zurückbezogen wird, das auf irgend eine Weise begründete dingliche Recht hemmen und auf ein persönliches beschränken soll. Es ist diese Behauptung überdieß leicht durch eine unbestrittene Anwendung zu erläutern und zu beweisen. Die Bedingung eines eximirenden Legats wird bekanntlich weder auf den Augenblick der Disposition, noch des Todes des Erblassers, noch

der Antretung der Erbschaft zurückgezogen (denn der Erbe braucht nur die post litem contestatam gezogenen Früchte zu restituiren, während er sonst alle post aditam hereditatem gezogenen restituiren müßte), und doch erwirbt gerade der Legatar im Augenblick der existirenden Bedingung ein dingliches Recht, weil dieser Erwerb einmal in der Natur des Legats (vgl. §. 3.) begründet ist, und es hat denn auch auf diesen Erwerb keinen Einfluß, ob die Erfüllung der Bedingung etwa vom Willen des Erben abhing, der durch ihren Eintritt verliert, weil überhaupt die Zurückziehung der Bedingung nicht dazu nöthig ist. Hieraus geht denn auch hervor, daß das Erlöschen der vom interimistischen Eigenthümer pendente conditione ertheilten jura in re eben so wenig von der Zurückziehung der Bedingung abhängig ist: denn es müßte sonst gerade im Fall des bedingten Legats, in dem es doch vollkommen entschieden ist, wegfallen, weil die Bedingung des Legats nicht zurückgezogen wird. Jene Erlöschung beruht nämlich auf der Art der Beendigung des Rechts des Ertheilers (vgl. §. 2.). Da nämlich hier diese Beendigung durch ein eintretendes dingliches Recht eines Andern bewirkt, da also wirklich das Haben des Erben, die Dinglichkeit seines Rechts, durch das eintretende Haben des Legatars in der Dauer beschränkt wird, und eine solche Beschränkung nach dem Satze: nemo plus in alium transferre potest, quam ipse habuit auch das von ihm ertheilte Recht beschränken muß, so müssen mit dem Eigenthum des Erben auch die von ihm ertheilten Rechte (sei es nun Eigenthum oder ein jus in re) erlöschen. Eben so erlöscht das Pfandrecht am ususfructus mit dem Tode des Usufruktuars nicht etwa darum, weil dieser Tod zurückgezogen würde, so daß man etwa annähme, der Usufruktuar habe schon nicht mehr gelebt, als er das Pfandrecht konstituirte, sondern darum, weil der ususfructus auf eine

dingliche Weise durch seine Rückkehr in das durch ihn beschränkte Eigenthum beendigt wird.

Aus allem dem folgt, daß, wenn dem Resolutiv-Vertrag die Kraft beiwohnte, die der Errichtung jedes Legats nach Justinianischem Rechte beiwohnt, dort eben so wenig wie hier jene Wirkung von der Zurückziehung der Bedingung abhängig gemacht werden dürfte. Sobald daher durch die Erklärung des Käufers, daß die Sache ihm mißfalle, der Resolutiv-Vertrag purificirt ist, müßte der Verkäufer wieder Eigenthümer werden, und die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte müßten erlöschen. Wendet man dagegen ein, daß es doch ein unerhörtes Unrecht sei, daß es Jemanden freistehe, dadurch, daß er eine von ihm abhängige Bedingung eintreten läßt, den Rechten, die er selbst ertheilt, ein Ende zu machen [1]), so antworte ich darauf, daß es nicht minder unrecht ist, daß es Jemanden freisteht, einen bloß auf seinem Willen beruhenden Neben-Vertrag einzugehen, vermöge dessen durch den Eintritt einer Bedingung, die nicht mehr von seinem Willen abhängt, den gültig von ihm ertheilten dinglichen Rechten ein Ende gemacht wird [2]).

---

1) Vgl. Zimmern a. a. O. S. 252.

2) Bei unserer Betrachtung der Sache zeigt sich, daß man hier noch um einen bedeutenden Schritt weiter gehen muß. Bekanntlich ist jene Beschränkung der Zurückziehung der Bedingungen nicht so zu verstehen, daß es dazu nöthig sei, daß die Erfüllung der Bedingung durch den Willen des Verpflichteten allein herbeigeführt werden könne, sondern so, daß es schon genügt, wenn ihr Eintritt durch seinen Willen verhindert werden kann (conditio, quae invito debitore impleri nequit). Vgl. Gesterding, Pfandrecht. S. 9 fgg. Nun ist das ja aber auch bei der Lex commissoria und der addictio in diem der Fall, indem der Käufer bei der einen durch ordnungsmäßige Erlegung des Kaufpreises, bei der anderen durch Erfüllung des besseren Gebots der Auflösung des Geschäfts ausweichen kann. Den einzigen Fall also ausgenommen, daß es ihm an Mitteln zur Befriedigung des Verkäufers fehlt, was

Fragt man aber, woher es denn komme, wenn jener Unterscheidungs-Grund nicht ausreiche, daß bei dem pactum displicentiae entschieden keine Vindikation vorkomme, während doch bei den andern Neben-Verträgen das Gegentheil allgemein behauptet wird, so werde ich darauf sogleich antworten.

Ich muß noch schließlich einiges über Gesterding's Ansicht vom pactum displicentiae bemerken. Er sagt nämlich, die L. 3. quib. mod. pignus beziehe sich nur auf den Fall, wo die Displicenz vom Käufer abhinge, und hier dauere dies Pfandrecht aus dem bekannten Grunde fort; in den andern Stellen sei aber auch der Fall mitbegriffen, daß die Displicenz vom Verkäufer abhängt: in welchem Falle denn Gesterding, obgleich das nirgends steht, die dinglichen Rechte aufhören, jedoch auch hier nur eine persönliche Klage des Veräußerers eintreten läßt (vgl. §. 2.). Dagegen bemerke ich, daß in allen jenen Stellen, wo die Bedingung der Resolution das si displicuisset ist, eben so wie in der L. 3. qbs. mod. pign. nur von einer Displicenz des Käufers die Rede ist. Es zeigt nämlich die Betrachtung jener

---

man ja durchaus keine Ursache hat als Regel anzunehmen, sind die Bedingungen, wodurch die Lex commissoria und die addictio in diem in Wirksamkeit treten, im Sinn jener Regel eben so gut vom Willen des Käufers abhängig, wie die Bedingung des pactum displicentiae. Macht man also die Vindikation des Veräußerers von der Zurückziehung der Bedingung abhängig, und erklärt man so das Wegfallen derselben bei'm pactum displicentiae, so müßte sie schon aus eben diesem Grunde auch bei den genannten Nebenverträgen wegfallen. Denn der Unterschied, daß dort die Erfüllung von dem Willen des Verpflichteten allein abhängt, er aber hier noch anderer mitwirkender Umstände, des Willens des Veräußerers, des besseren Gebots, bedarf, so daß er die Erfüllung nicht herbeiführen, sondern nur verhindern kann, ist für die Anwendung jener Regel, wie gesagt, durchaus gleichgültig.

Stellen auf's deutlichste, daß das displicet nicht etwa wie poenitet unpersönlich zu nehmen, sondern daß res oder praedium das Subjekt davon ist. Nun kann aber vom Mißfallen des Kaufgegenstandes nur bei'm Käufer geredet werden; überhaupt kann von einem Mißfallen nur bei einer species, wie es die Kaufwaare ist, nicht bei dem fungiblen Kaufpreise die Rede sein. Der dem pact. displ. entsprechende Nebenvertrag, der die Resolution der Willkühr des Veräußerers anheim stellt, ist gerade der unter andern in L. 7. C. de pactis int. emt. et vend. enthaltene, von dem im §. 7. die Rede war.

§. 9.

Ich glaube durch die bisherige Darstellung vollkommen zu der Behauptung berechtigt zu sein, daß das, was man als eine allgemeine Regel über die Wirkung der Resolutiv-Bedingungen aufstellt, nur als eine Anomalie betrachtet werden kann, die bei der Lex commissoria, der addictio in diem und der donatio mortis causa vorkommt, daß ferner diese Anomalie in einem so unauflöslichen Widerspruche mit den Bestimmungen über ganz ähnliche Rechtsverhältnisse und mit den bedeutendsten allgemeinen Rechtsansichten der Römer steht, daß man wohl das Römische Recht von einer seiner größten Inkonsequenzen und die Praxis von einer großen Unbilligkeit befreit, wenn es möglich ist, auf dem Wege der Interpretation mit Sicherheit ein besseres Resultat zu gewinnen. Das kann nun, glaube ich, im Ganzen auf eine einfache Weise geschehen. Meine Hauptidee ist folgende. Von jedem jener drei Geschäfte ist es ganz ausgemacht, daß bei ihnen auch von suspensiver Schließung die Rede war, theils in der Art, daß es kontrovers bei den Römischen Juristen war, ob Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung anzunehmen sei, theils so, daß im einzelnen Falle Worte und Sinn der Partheien berück-

sichtigt wurden, um daraus abzunehmen, ob die Wirkungen des Geschäfts z. B. erst eintreten sollten, wenn sich binnen einer gewissen Zeit kein besserer Käufer gefunden, oder ob es pure geschlossen sein, aber in dem Fall aufgelöst werden sollte, wenn sich ein besserer Käufer gefunden. Wie nun, wenn die Stellen, die von der Vindikation des Veräußerers oder von der Vernichtung der von dem Erwerber inzwischen ertheilten dinglichen Rechte reden, auf den Fall der Suspensiv-Bedingung zu beziehen wären, also auf einen Fall, in dem der Erwerber noch gar nicht Eigenthümer war, als er jene Rechte ertheilte? Daß in diesem Falle die Veräußerung, als von einem Nichteigenthümer vorgenommen, an sich bedeutungslos ist, die Bedingung mag eintreten oder nicht, daß also die veräußerten Rechte gar nicht existent werden und der Vernichtung gar nicht bedürfen, kann man hiergegen nicht einwenden. Denn da, wenn die Bedingung eintritt, gerade der Ertheiler Eigenthümer wird, er aber sein eigenes Faktum nicht anfechten darf, so ist es für diesen Fall eben so gut, als wenn er schon bei der Ertheilung Eigenthümer gewesen wär: die dinglichen Rechte fallen also nur weg, wenn die Bedingung nicht eintritt, die den Ertheiler zum Eigenthümer macht.

Was im Allgemeinen fast nothwendig auf jene Idee führen muß, ist eben der Umstand, daß nur bei diesen Neben-Verträgen, die gerade alle auch in der Form einer wahren, d. h. suspensiven Bedingung des Hauptgeschäfts vorkommen, von Vindikation und Erlöschung von Rechten die Rede ist, während bei den andern, die doch in allen übrigen Beziehungen jenen, in so fern sie resolutiv sind, ganz ähnlich sind, die aber nur resolutiv vorkommen, dem s. g. pactum de retrovendendo und dem pactum displicentiae von Vindikation keine Rede ist, und die vom Käufer ertheilten Rechte ungestört fortbestehen, eine Verschieden-

heit der Behandlung, die, wie ich oben gezeigt zu haben glaube, sonst völlig unerklärbar wäre.

Ehe ich zum Beweise dieser Ansicht durch Interpretation fortschreite, muß ich noch einen Punkt berühren, in dem die Ursache zu liegen scheint, warum nie, so oft auch von jeher Zweifel gegen jene Wirkung der Resolutiv-Bedingungen erhoben worden sind, das hier vorgeschlagene Mittel, das doch so nahe liegt, auf eine durchgreifende Weise angewandt worden ist. Es ist nämlich bei den bewußten Geschäften, so oft sie vorkommen, vorausgesetzt, daß die Tradition sofort nach der Eingehung geschehen ist; daß aber aus einem bedingten Geschäft während des Schwebens der Bedingung tradirt werde, hat man immer für etwas Abnormes und höchst Seltenes gehalten.

Thibaut, civilistische Abhandlungen. S. 380.
Zimmern a. a. O. S. 247.

Dagegen aber läßt sich erinnern, daß dieses Verhältniß in vielen Stellen des Römischen Rechts [1]) als etwas ganz Gewöhnliches ohne irgend eine Hindeutung auf eine Unregelmäßigkeit vorkommt, und daß namentlich L. 8. D. de periculo et commodo ganz genaue Bestimmungen darüber enthält. Auch ist ja in einem bekannten Falle die Suspension des Eigenthums-Erwerbs nach geschehener Tradition sogar gesetzlich begründet, nämlich im Falle der ermangelnden Erlegung des Kaufpreises bei'm Kaufe, ein Fall, an den sich die Lex commissoria, die ja, suspensiv gedacht, nichts ist, als eine Erweiterung jener gesetzlichen Vorschrift auf den Fall, daß Kredit gegeben worden, sehr enge anschließt. Es scheint mir aber überhaupt in jenem Verhältnisse, wenn man es in Beziehung auf andere Römi-

1) z. B. L. 38. §. 1. D. de acquirenda vel amittenda possessione. L. 2. §. 5. D. de donationibus. L. 8. D. de periculo et commodo.

sche Rechtsansichten auffaßt, etwas sehr Natürliches und für die Sicherheit der Rechte der Partheien auf eine höchst billige Weise Sorgendes zu liegen. Ist nämlich ein Geschäft unter einer Bedingung abgeschlossen, und der Veräußerer im Besitz geblieben, so ist der Erwerber durch nichts gesichert, daß er nicht durch unredliche Veräußerungen seines Kontrahenten an dritte Personen um die Sache selbst, auf die seine Absicht gerichtet war, komme, und auf Entschädigungs-Klagen reducirt werde, um derentwillen er nicht kontrahirt hat, und die in den zahlreichen Fällen, wo das Interesse an der Kaufsache ein rein persönliches, auf bloße Affektion gegründetes, oder ein aus einem andern Grunde nicht zu schätzendes war, ihn zu gar nichts führen; so daß gar oft der bedingte Kauf in der That nur den Käufer rechtlich verpflichten, die Verbindlichkeit des Verkäufers aber nur von seinem guten Willen abhängen würde. Wird das Eigenthum auf den Erwerber übertragen, und bedingt sich der Veräußerer nur durch einen Neben-Vertrag den Rückerwerb, so ist, abgesehen von der Vindikation, die ihn angeblich in einigen Fällen sichern würde, dieselbe Unsicherheit für den Rückerwerber vorhanden. Diesem Uebelstand ist nun durch die Theilung von Besitz und Eigenthum, die in jener vorläufigen Tradition enthalten ist, vollkommen abgeholfen. Die Rechte des Veräußerers sind auf keine Weise gefährdet: denn der Erwerber kann nicht disponiren, ohne Eigenthümer geworden zu sein; aber auch der Erwerber ist gesichert: denn sein Kontrahent kann keine Veräußerungen an Dritte vornehmen, ohne Besitzer zu sein.

Aus diesen Gründen ist es denn sehr erklärbar, warum die Römischen Juristen nicht nur in jenem Verhältniß nichts Sonderbares fanden, sondern auch für die Fälle, wo es zweifelhaft sein konnte, ob eine Klausel eines Geschäfts eine Bedingung des Haupt-Vertrags oder einen bedingten auflösenden Neben-Vertrag enthalte (utrum conditio sit, an

conventio), keineswegs aus der geschehenen Uebergabe eine entscheidende Vermuthung gegen das erste und für das letzte ableiteten. Es findet sich zwar etwas einer solchen Vermuthung ähnliches in einem einzelnen Falle als bei den Römischen Juristen entschieden und unbestritten. Wenn nämlich eine Braut ihrem Bräutigam eine dos giebt, so soll sie nur dann bis zur eingegangenen Ehe Eigenthümerin bleiben, wenn es so ausdrücklich ausgemacht worden ist: ist das nicht geschehen, so wird der Bräutigam sofort Eigenthümer, und sie hat, im Fall, daß die Ehe nicht erfolgt, nur persönliche Rückforderungs-Klagen.

L. 8. D. de jure dotium.

L. 1. §. 2. D. pro dote.

Dieser Entscheidung nun hat man das Prinzip zu Grunde gelegt, daß nach geschehener Tradition die Vermuthung gegen die aufschiebende und für die auflösende Bedingung streitet. Ich glaube aber zeigen zu können, daß es damit eine andere Bewandniß hat. Jede Bedingung nämlich muß, wie ein anderes Faktum, erwiesen werden; wenn es sich also bloß fragt: ob ein Geschäft bedingt oder unbedingt, nicht von welcher Art die Bedingung sei, so streitet natürlich die allgemeine Vermuthung des negativen für das unbedingte. In dieser Vermuthung, und nicht in einer Vermuthung der resolvirenden, im Gegensatz der suspendirenden Bedingung, liegt der Grund jener Entscheidung. Da nämlich jede datio an sich Eigenthum überträgt, so ist zum Vorbehalt des Eigenthums die Hinzufügung einer Bedingung nöthig, die erwiesen werden muß, da sie nicht vermuthet wird. Die Zurückforderung der dos hingegen im Fall der nicht erfolgenden Ehe bedarf des hinzugefügten Neben-Vertrags des Rückfalls gar nicht, indem sie sich, da die Hingabe der dos nur unter der Voraussetzung der erfolgenden Ehe geschieht, als condictio ob causam datorum von selbst versteht. Ist also bei der datio dotis ante nuptias

nichts ausgemacht, so wird auch nichts vermuthet, und die datio wird, wie jedes andere Geschäft in gleichem Falle, für unbedingt gehalten: es tritt aber ganz unabhängig von jeder ausdrücklichen oder vermutheten Verabredung die condictio ein, die in der individuellen Natur dieses Geschäfts begründet ist. Da aber dieselbe allgemeine Vermuthung, die gegen die Suspensiv-Bedingung streitet, nämlich die, daß sie, wie jedes andere positive, des Beweises bedarf, eben so gut gegen die Resolutiv-Bedingung streitet, so ist es einleuchtend, daß aus jener Entscheidung nicht auf Fälle geschlossen werden darf, wo, wie bei dem Kauf, so wenig Rückforderung als Suspension ein naturale negotii ist, wo also die eine so gut wie die andere auf einer zu erweisenden Klausel des Geschäfts beruhen muß. In wie fern aber bei den einzelnen Neben-Verträgen, die hier besonders zur Sprache kommen, eine Vermuthung für das Resolviren begründet ist, soll bei jedem besonders untersucht werden.

(Die Fortsetzung folgt im nächsten Hefte.)

II.

Ueber, mit dem Ehemanne gemeinschaftlich ausgestellte Schuldverschreibungen der Ehefrauen und deren rechtliche Wirkung.

Von dem Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Es ist bekanntlich eine streitige Rechtsfrage: ob eine Ehefrau, welche mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich eine Schuldverschreibung ausstellt, und sich in derselben als Selbstschuldnerin zur Rückzahlung verpflichtet, als eine solche, oder nur als Bürgin zu betrachten sey?

Das letztere behaupten Gail [1]), Faber [2]), Brunnemann [3]), Stryck [4]), Beyer [5]), Cocceji [6]), Berger [7]), Wernher [8]), Hertius [9]), Brockes [10]),

1) L. II. obs. 89. n. 1.
2) Cod. Sabaud. L. IV. tit. 21. Def. 20.
3) ad fr. fin. D. XVI. 1. *ad SC. Vellej.* nro. 18.
4) Usus modernus. XVI. 1. §. 6.
5) ad Pand. XVI. 1. pos. 26.
6) Jus civ. contr. XVI. 1. qu. 6.
7) Oecon. jur. L. III. tit. 3. §. 8. not. s.
8) Part. V. obs. 46.
9) Vol. II. Resp. 580. nro. 1.
10) Sel. obs. forens. arg. 12.

Hommel[1], Strube[2], Meister[3], v. Wening-Ingenheim u. a.

Das erstere nehmen dagegen an Donellus[4], Just. Henning Böhmer[5], Emminghaus[6], Kind[7], und einigermaßen Schweppe[8].

Wägt man Gründe und Gegengründe gegen einander ab, so scheint diejenige Ansicht, daß die Ehefrau in einem solchen Falle, insofern nicht Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten statt findet[9], nur als Bürgin angesehen werden müsse, den Vorzug zu verdienen.

Die aus der Novelle CXXXIV. Cap. 8. ausgehobene Authentica Si qua mulier (ad c. 22. C. IV. 29. *ad SC. Vellejan.*) lautet dahin:

> Si qua mulier crediti instrumento *consentiat* proprio viro *aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam* obligatam faciat: jubemus hoc nullatenus valere, sive semel sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum: sed ita esse, ac si neque factum quicquam, neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint.

Prüft man die Anfangsworte jener Authentik genau, so scheint es zweifelsfrei zu seyn, daß der Gesetzgeber nicht

---

1) Rhapsod. nro. 554.
2) rechtl. Bedenken. Th. I. nro. 76. (meine Ausgabe. nro. 443.)
3) pract. Bemerkungen. Th. I. nro. 10.
4) Comment. jur. civ. XII. 29.
5) Exercit. ad Pand. T. III. nro. 50.
6) ad Coccej. XVI. 1. qu. 6.
7) Quaest. forens. T. III. c. 112. (Ed. II.)
8) Röm. Privatrecht. §. 518. Ed. III.
9) Strube a. a. O. §. 2.

bloß den Fall der wörtlich in dem Schulddocumente ausgedrückten Verbürgung der Ehefrau, sondern auch den Fall der Mitübernahme der Schuld als Selbstschuldnerin vor Augen gehabt habe. Offenbar liegt nämlich in den Worten *consentiat* proprio viro (συναινέσει τῷ οἰκείῳ ἀνδρὶ im griechischen Text der Novelle) *aut scribat* (ἢ ὑπογράφει, eigentlich subscribat, wie auch Hombergk übersetzt) et propriam substantiam *aut se ipsam* obligatam faciat, ein Gegensatz oder Alternative, deren erster Satz auf das accessorische Hinzutreten der Intercedentin, der zweite dagegen auf Mitübernahme der Schuld als Selbstschuldnerin gedeutet werden muß. Beides soll nun aber ungültig seyn — *nisi manifeste probetur*, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint.

Es ist nun zwar sehr richtig, daß wenn ein Frauenzimmer sich mit einer Mannsperson gemeinschaftlich als Selbstschuldnerin verpflichtet, dasselbe im Zweifel auf ihren Antheil haften muß, und sich nicht auf die Vorschrift des Senatus consulti Vellejani berufen kann [1]).

Gerade aber bei der engen Verbindung zwischen Ehefrau und Ehemann, und bei der Gewalt des letztern über die erstere, hat Justinian, wie es scheint, die Ehefrauen auch in diesem Falle wider übernommene Verpflichtungen in Schutz nehmen wollen. Daß dieses der Sinn jener Bestimmungen sey, erhebt sich durch die Schlußworte der Authentike fast zur Gewißheit, da er sagt, jene Verpflichtungen sollten nicht gültig seyn, nisi manifeste probatur, quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint. Hätte nämlich Justinian

1) fr. 17. D. XVI. 1. *Emminghaus* l. c. Weber Beiträge zu der Lehre von Klagen und Einreden. St. 1. u. 3. a. E. *Thibaut* Pand. §. 946.

durch die Anfangsworte derselben nur die in wirklicher Form einer Bürgschaft vorgenommene Intercession bezeichnen wollen, so bedurfte es eines Theils nicht erst jener Bestimmung der Ungültigkeit, da die Berufung auf das Senatusconsultum Vellejanum eine Intercession schon ungültig machte; und andern Theils lag ja auch die einzige Bedingung, an welche Justinian hier die Gültigkeit knüpfte — quod pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sint — gänzlich außerhalb dem gewöhnlichen Character einer Bürgschaft, als eines accessorischen Vertrages, wogegen sie gerade auf den Fall paßt, wo die Ehefrau in der Verschreibung bezeugte, daß sie mit ihrem Ehemanne das Geld selbst angeliehen, mithin sich als Selbstschuldnerin und principaliter verpflichtet habe.

Es erhellt daher, daß Justinian, gerade wegen der ehelichen Verhältnisse, auch in einem solchen Falle voraussetzte, daß die hier von der Ehefrau übernommene Rolle einer Selbstschuldnerin nur eine Intercession involvire, daß er mithin die Ehefrau dieserhalb sicher stellen, und sie daher nur dann verpflichtet wissen wollte, wenn das unter ihrem Namen mit aufgeliehene Geld auch wirklich für sie verwendet worden war.

Daß dieser Satz durch eine, hierher gar nicht gehörige Analogie aus Kaufgeschäften, welche die Ehefrau gemeinschaftlich mit dem Manne eingegangen sei, umgestoßen werde, weil erstere in einem solchen Falle an der gekauften Sache ein Miteigenthumsrecht erwirbt, hat Strube gegen Böhmer bündig erwiesen.

Aber auch die von Kind gegen denselben gebrauchten Argumente stellen sich in jeder Hinsicht als unzutreffend dar.

Zuerst bemerkt Kind, daß im Allgemeinen ein Frauenzimmer, welches sich principaliter als Schuldnerin obligire,

sich gegen die übernommene Verpflichtung durch das Senatusconsultum Vellejanum nicht schützen könne. Dieses ist allerdings richtig. Wenn er aber fortfährt, er sehe nicht ein, warum dieses nicht auch gelten solle — si uxor aeque ac maritus ex causa mutui se principaliter obligarit, so ist darauf zu erwiedern:

Erstlich, daß die Vorschrift der Authentica Si qua mulier eine besondere Bestimmung enthält, die gerade, in Beziehung auf die Anwendung des Senatusconsulti Vellejani für das gegebene Verhältniß, die, nur durch den Gegenbeweis zu beseitigende Vermuthung aufstellt, daß die Ehefrau in der That nur Bürgin sey.

Zweitens, daß Justinian, auch abgesehen von seiner bekannten Neigung, der Schwäche des andern Geschlechts zu Hülfe zu kommen, jenen Fall psychologisch viel richtiger beurtheilt, als Kind, indem in zehn Fällen, wo nicht besondere Verhältnisse, z. B. Gütergemeinschaft, vorliegen (welche ja denn für den Beweis des Gegentheils benutzt werden können), Justinian's aufgestellte Präsumtion gewiß neunmal die richtigere seyn wird.

Kind fährt fort: Gesetzt auch, es sey in einem solchen Falle eine verschleierte Intercession der Ehefrau vorhanden, so dürfe diese dem in bona fide versirenden Gläubiger nicht schaden, da es im fr. 27. D. XVI. 18. *ad SC. Vellej.* ausdrücklich heiße: Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quae inter virum et uxorem, accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetur, und überdem Paullus [1]) sage: Si mulier, tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto, alioquin

1) fr. 11. 12. D. XVI. 1. Vergl. *Noodt* ad Pand. XVI. 1. *Crell* in Dissert. Fasc. nro. 34. p. 790 sqq.

nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint. Immo tunc locus erit Senatusconsulto, cum scit creditor, eam intercedere. Beide Stellen entscheiden aber nichts gegen die Bestimmung der Authentike, da diese sich speciell auf eine Ehefrau bezieht, und die man insofern eine prozessualische nennen könnte, als sie in dem Falle eines gemeinschaftlich von Eheleuten ausgestellten Schuldbekenntnisses eine Präsumtion aufstellt, welche den Gläubiger mit dem Beweise belastet, daß eine Principalverpflichtung zum eigenen Nutzen der Ehefrau, und keine bloße Verbürgung derselben statt gefunden habe. Der Darleiher muß mithin, wenn er die Ehefrau verbindlich machen will, entweder sich nach den nöthigen Beweismitteln, quod pecuniae in ejus utilitatem expensae sint, umsehen, oder sie feierlich auf die Rechtswohlthat der Authentike verzichten lassen. Unterläßt er solches, so kann davon nicht die Rede seyn, daß er getäuscht worden, und sich durch die replica doli schützen könne. Denn die gesetzliche Bestimmung, welche in jener Handlung der Ehefrau, wenn der Gläubiger den Beweis der Verwendung in ihren Nutzen nicht führen kann, nur eine ungültige Verbürgung erblickt, macht seine Täuschung unmöglich, denn, wenn der Gläubiger jene gesetzliche Bestimmung nicht kannte, so befand er sich in einem Rechtsirrthum, dessen Folgen ihm, bekannten rechtlichen Grundsätzen nach, allein zur Last fallen.

Kind hat endlich selbst gefühlt, daß er die in der Authentike wörtlich aufgeführten Worte der Novelle nicht anders beseitigen könne, als durch die Beschuldigung, daß Justinian in den Novellen aus Bestechlichkeit — obscura et ad sententias duplices vergentia improvide inconsulteque effudit. Wenn er nun aber aus dem Grund dieser Beschuldigung folgert, Justinian habe in jene Novelle nur dasjenige noch einmal in Beziehung auf die

Ehefrau sagen wollen, was im Senatusconsulto Vellejano für die Frauenzimmer im Allgemeinen bestimmt sey, und deshalb könnten auch die Worte der Novelle nur von dem Falle verstanden werden, si maritus mutuum acceperit et uxor *pro eo* se obligaverit, so liegt in dieser seiner Folgerung nur eine Wiederholung seiner zuvor gefaßten Ansicht, der sich jene Worte der Novellen, so gut es gehen will, anschließen sollen.

III.

Zu der Lehre von den so genannten Transmissionsfällen.

Von Marezoll.

I.

Allgemeine Betrachtungen über die den s. g. Transmissionsfällen zum Grunde liegende Idee.

Weder die Stelle, welche man heut zu Tage in unseren neueren Systemen des römischen Rechtes den s. g. Transmissionsfällen anweist, noch die Art und Weise, wie man sie dort sämmtlich neben einander abzuhandeln pflegt, scheint dazu geeignet, eine klare Ansicht über das Wesen derselben zu gewähren. Es werden gewöhnlich Fälle der verschiedensten Art, durch ein unstatthaftes Generalisiren, fast gewaltsam unter denselben allgemeinen Grundsatz gebracht, und eine natürliche Folge davon ist es, daß sowohl der wahre, richtige allgemeine, als der besondere Gesichtspunct, von welchem bei der Beurtheilung dieser verschiedenen Fälle ausgegangen werden muß, oft ganz verrückt wird.

Man hätte gegen ein solches Verfahren schon dadurch mißtrauisch werden sollen, daß die römischen Juristen nirgends jene Fälle alle zusammenstellen, nirgends den Versuch machen, sie sämmtlich unter dasselbe Prinzip zu bringen, am allerwenigsten unter dasjenige Prinzip, von dem man jetzt

gewöhnlich dabei ausgeht. Es werden vielmehr die einzelnen Fälle in unserem Corpus juris, jeder für sich und an ganz verschiedenen Stellen des Erbrechtes abgehandelt. Nur beiläufig und mehr zufällig werden zuweilen einige derselben neben einander genannt und mit einander verglichen [1]. Nicht einmal der Ausdruck *transmissio* findet sich in den römischen Rechtsquellen als eigentliches Kunstwort, in dem heut zu Tage gewöhnlich daran geknüpften Sinne [2]. Denn, obgleich: *transmittere hereditatem* zuweilen in diesem Sinne gebraucht wird [3], so sieht man doch leicht, daß das nur eine von den verschiedenen möglichen Arten, das Verhältniß zu umschreiben war, und daß man an die Redensart selbst an sich keinen bestimmten juristischen Begriff knüpfte. Denn auch *transferre hereditatem* [4] wird auf dieselbe Weise gebraucht. Umgekehrt findet sich aber auch der Ausdruck: *transmittere hereditatem* in einem ganz anderen Sinne, nämlich für das Zuwenden seines Nachlasses, von Seiten des Erblassers [5].

Die jetzt gewöhnliche Darstellung [6] der s. g. Transmissionslehre geht aus von dem allgemeinen, an sich sehr

1) Z. B. in c. un. §. 5. C. 6, 51.

2) Hugo Lehrb. d. heut. R. R. 7te Aufl. S. 162.

3) Z. B. fr. 4. §. ult. D. 37, 4. c. un. §. 5 u. 13. C. 6, 51. c. un. C. 6, 52. c. 19. C. 6, 30. In einem wenigstens ähnlichen Sinne kommt transmittere hereditatem vor in fr. 8. §. 9. D. 5, 2. c. 13 u. 15. C. 8. 38.

4) Z. B. fr. 81. D. 29, 2.

5) Z. B. in c. 29. C. 6, 23. Nov. 1. praef. §. 1. Nov. 2 cap. 1 u. 2. Nov. 22. cap. 47. pr. Nov. 48. praef. *Juliani* Epit. Nov. 208. Auf eine ganz ungewöhnliche Weise wird transmittere gebraucht in c. 10. C. 7. 72.

6) Damit hängen denn auch die mancherlei zum Theil höchst schwerfälligen, oft auch sonst wunderlich gefaßten Definitionen und Eintheilungen zusammen, welche man von der s. g. Transmission versucht hat. *Lauterbach* de transmissionibus hereditatis non adquisitae. §. 4 u. 6. (Diss. acad. tom. II. Nr. 88.)

wahren Grundsatze: hereditas delata, sed nondum adquisita non transmittitur ad heredes heredis. Von dieser Regel sollen nun die Transmissionsfälle eine Ausnahme bilden, indem in ihnen eine zwar deferirte, aber noch nicht adquirirte Erbschaft auf die Erben des Berufenen in der Art übergehe, daß sie von diesen noch angetreten werden könne. Allein das paßt nur auf einige, durchaus nicht auf alle Transmissionsfälle. Denn, obgleich sie beinahe [1]) alle etwas Eigenthümliches, von der Regel Abweichendes haben, so ist doch weder die Regel, von welcher sie eine Ausnahme bilden, noch die Art der Ausnahme selbst überall dieselbe. Denn theils rechnet man dahin Fälle, wo uns nicht blos das Recht zusteht, eine unserem Erblasser deferirte Erbschaft statt seiner zu erwerben, sondern auch sogar das Recht, eine Erbschaft statt seiner zu erwerben, die ihm noch gar nicht ein Mal deferirt war [2]); theils werden unter derselben Categorie Fälle aufgezählt, wo gewissen Personen gar nicht in Gefolge der Succession, in ihrer Eigenschaft als Erben des Berufenen, sondern aus ganz anderen Gründen [3]) und in ganz anderen Eigenschaften die Möglichkeit eröffnet wird, die einem Verstorbenen deferirte Erbschaft statt seiner noch für sich selber zu erwerben.

Ueberhaupt scheint die s. g. Transmission nicht sowohl, wie jetzt gewöhnlich geschieht, bei Gelegenheit der Frage, wie eine Erbschaft verloren gehen kann, sondern weit passender, bei der Lehre von der Erwerbung der Erbschaft,

---

1) Nämlich mit Ausnahme einer Art der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum, von der weiter unten die Rede sein wird.

2) Dahin gehört die s. g. transmissio theodosiana und eine Art der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum. S. weiter unten.

3) Dahin gehört die s. g. transmissio ex capite infantiae. S. weiter unten.

bei der Frage, wer kann eine Erbschaft antreten, ihren Platz zu finden [1]. Die Antwort auf diese letztere Frage ist dann die, daß regelmäßig zur Antretung und Erwerbung einer Erbschaft nur derjenige befugt ist, welchem die fragliche Erbschaft, für seine Person, deferirt worden ist [2]. Kein Dritter, dem die Delation nicht geschehen, kann darauf Anspruch machen. Eben darum kann es auch der Erbe des Berufenen nicht, weil nicht diesem Erben für seine Person, sondern blos und zunächst seinem Erblasser die Delation geschehen ist. Ausnahmsweise kann es aber freilich vorkommen, daß auch solche Personen, denen die fragliche Erbschaft nicht deferirt war, sie dennoch statt desjenigen, dem die Delation eigentlich geschehen ist, antreten und erwerben können. Dahin gehören alle s. g. Transmissionsfälle, aber freilich nicht blos diese allein, sondern auch manche andere.

Es scheint daher der Mühe werth zu sein, ein Mal diejenigen Ausnahmen, in welchen jemand befugt ist, die ursprünglich nicht ihm, sondern einem Anderen zugedachte Erbschaft, für sich selber zu erwerben, specieller durchzugehen. Dabei ist gleich im Voraus zu bemerken, daß theils hier überhaupt nur diejenigen Fälle dieser Art, welche noch jetzt, heut zu Tage practische Bedeutung haben [3], erwähnt werden sollen, theils zwar dabei besonders und zunächst auf die s. g. Transmissionsfälle Rücksicht zu nehmen ist, aber

---

1) In unseren Rechtsquellen ist das auch in der That der Fall, obgleich es dort weniger auffällt, weil gewöhnlich die Lehre de adquirenda, vel omittenda hereditate vereinigt in demselben Titel abgehandelt wird. Doch zeigt sich das in einzelnen Wendungen unverkennbar. Z. B. c. 4. C. 6, 9. Qui admitti ad bonorum possessionem possunt, et intra quod tempus. c. 18 u. 19. C. 6, 30. de jure deliberandi. c. un. §. 5. C. 6, 51. de caducis tollendis.

2) *Jos. Averanius* Interpret. jur. Lib. IV. c. 4. nr. 5.

3) Manche andere erwähnt v. Löhr im Arch. f. d. civ. Prax. B. 5. H. 3. Nr. XV. S. 387 u. 388.

doch manches dabei schon vorläufig anticipirt werden muß, was erst weiter unten seine genauere Erörterung und seinen Beweis finden kann.

Eine solche Ausnahme tritt ein

I. überall, wo der Fiscus, oder sonst jemand befugt ist, die einem Anderen deferirte Erbschaft, wegen der Indignität des Berufenen, demselben zu entreißen und für sich selber anzutreten [1]). Diese Fälle der Exeption wegen Unwürdigkeit gehören denn freilich nicht zu den s. g. Transmissionen, so wie sie auch von den Neueren nicht dazu gerechnet werden. Denn hier ist ja gar nicht die Rede von dem einer Person zustehenden Rechte, in der Eigenschaft als Erbe eine Erbschaft anzutreten, welche zunächst ihrem verstorbenen Erblasser deferirt war, sondern von dem ganz selbstständigen Rechte, die einem andern deferirte Erbschaft, auch noch bei dessen Lebzeiten, zu erwerben. Auch kann ja bekanntlich dieses Recht der Entreißung selbst dann gegen den Unwürdigen noch geltend gemacht werden, wenn gleich er schon selber die Erbschaft für sich angetreten und erworben hat.

II. Der Vater kann, Kraft seiner Patria Potestas, die seinem Filiusfamilias deferirte Erbschaft für sich selber antreten, wenn das Hauskind sie nicht erwerben will [2]). Auch das wird nicht mit zu den s. g. Transmissionen gerechnet und würde auch freilich in keiner Beziehung unter den gewöhnlichen Begriff der Transmissionsfälle passen, weil hier ja der Vater nicht als Erbe des Filiusfamilias, nach dessen Tode, sondern bei dessen Lebzeiten, die demselben

---

1) Daß das ein wirkliches Antreten und Erwerben der Erbschaft ist, das habe ich zu beweisen versucht in dieser Zeitschrift B. I. H. 3. S. 380 u. f.

2) c. 8. C. 6. 61.

deferirte Erbschaft, in Gefolge der Patria Potestas, für sich erwirbt [1]).

III. Der Vater kann eine Erbschaft, die seinem Kinde deferirt worden war, ebenfalls für sich selber antreten, wenn dieses Kind noch während der Infantia verstirbt, bevor der Vater in dessen Namen für dasselbe angetreten hat [2]). Allgemein wird nun zwar dieses Recht des Vaters, unter dem Namen der transmissio ex capite infantiae, zu den eigentlichen Transmissionsfällen gerechnet. Allein dahin gehört es eben so wenig, als der unter Nummer II. erwähnte Fall. Denn, wenn gleich hier der Tod des Kindes, dem die Erbschaft deferirt worden war, vorausgesetzt wird, so hängt doch das nachherige Recht des Vaters auf die Antretung nicht mit der Beerbung des Kindes zusammen. Dem Vater, in seiner Eigenschaft als Vater, *patrio jure*, wie es in der Constitution heißt, steht das Recht zu, nicht zunächst in seiner Eigenschaft als Erbe des Kindes; so, daß also hier auch nicht von einem transmittere hereditatem delatam ad heredis *heredes* die Rede sein kann. Das ist um so gewisser, weil zu der Zeit, wo die Constitution, worauf die s. g. transmissio ex capite infantiae sich stützt, erlassen wurde, d. h. zu der Zeit von Theodos und Valentinian, noch gar keine Succession, keine Hereditas in die s. g. Adventitien eines Filiusfamilias Statt fand, ausser zum Vortheile der Descendenten des Filiusfamilias [3]). Die

---

1) Ueber den Zusammenhang dieses Rechtes des Paterfamilias mit der Entstehung der s. g. Adventitien, s. Arch. f. d. civ. Prax. B. 2. H. 2. S. 196 u. f.

2) c. 18. §. 1. C. 6, 30.

3) Denn die c. 18. C. 6, 30., auf welche die s. g. transmissio ex capite infantiae gebaut wird, ist über zehn Jahr jünger, als die c. 3. C. 6, 61., welche zuerst vorschreibt, daß die bona materna nicht jure peculii, sondern jure hereditario an den Vater fallen sollen. S. auch v. Grolman und v. Löhr Mag. B. 4. H. 1. nr. 7.

Adventitien fielen vielmehr damals noch, in Ermangelung der Descendenten des Filiusfamilias, *jure peculii* an den Vater. Darauf beziehen sich auch in der hierher gehörigen Constitution von Theodos und Valentinian die Worte:

„Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta *jure patrio, quasi jam infanti quaesita* capere."

Zwar ist, auf eine freilich etwas sonderbare Weise, diese ganze Vorschrift im weiteren Contexte der Constitution auch auf Kinder, die sui juris sind, ausgedehnt worden [1]). Aber das ändert hier nichts, da doch zunächst blos von dem Filiusfamilias gesprochen wurde, bei dem keine eigentliche Beerbung möglich war. Wir müssen daher nur, mit Rücksicht auf diesen Zusatz, das Recht des Vaters, die dem Kinde deferirte Erbschaft zu erwerben, als ein Recht des Vaters überhaupt, als ein patrium jus, wie es auch dort in der That genannt wird, betrachten. Dem Vater wird also dieses Recht selbst dann, nach dem neuesten römischen Rechte zugestanden werden müssen, wenn er den ihm deferirten Nachlaß seines als Infans verstorbenen Kindes ausschlägt, kurz! nicht dessen Erbe wird.

IV. Es giebt endlich Verhältnisse, in welchen der Erbe desjenigen, für den zunächst die Delation bestimmt war, statt dieses seines Erblassers, die Erbschaft noch antreten kann. Dahin gehören denn freilich im Allgemeinen die übrigen bisher noch nicht erwähnten s. g. Transmissionsfälle. Diese sind aber wieder sehr verschiedener Art und passen durchaus nicht alle unter den Grundsatz: hereditas delata,

1) c. 18. §. 3. C. 6, 30. „Ea vero caet." *Harpprecht* de transmissione hereditatis a persona extranea infanti delatae. nr. 134. (Diss. acad. I. 47.)

sed nondum adquisita non transmittitur ad heredis heredes. Denn sie lassen sich in zwei Hauptarten eintheilen.

Es giebt erstens Fälle, in welchen die Erbschaft von den Erben einer bestimmten Person selbst dann noch erworben werden kann, wenn gleich die Erbschaft jener Person noch gar nicht ein Mal deferirt worden war, indem sie noch vor dem Zeitpuncte der Delation verstorben ist. Es wird also hier sogar eine noch gar nicht deferirt gewesene Erbschaft auf die Erben derjenigen Person, an welche die Delation geschehen wäre, wenn sie den Zeitpunct noch erlebt hätte, transmittirt.

Am weitesten geht in dieser Beziehung die s. g. transmissio theodosiana. Denn es ist sehr richtig von Hugo [1]) und von Löhr [2]) bemerkt worden, daß, nach einer consequenten Auslegung der hier zum Grunde liegenden Verordnung von Kaiser Theodos [3]), die Descendenten des von seinem Ascendenten Eingesetzten selbst dann an dessen Stelle, wie stillschweigend Substituirte, eintreten, wenn auch dieser Eingesetzte den Testirer gar nicht überlebt hat. Es wird also hier nicht blos überhaupt eine noch nicht deferirte, sondern sogar eine solche Erbschaft transmittirt, die als Erbschaft noch gar nicht existirte zu der Zeit, wo derjenige, dessen Antretungsrecht auf seine Erben übergehen soll, verstarb.

Einen anderen Fall, in welchem auch noch nicht deferirte Erbschaften transmittirt werden, jedoch immer nur unter der Voraussetzung, daß doch wenigstens derjenige, dessen Antretungsrecht auf seine Erben übergehen soll, den Erblasser überlebt hat, werden wir weiter unten, bei genauerer

1) Lehrb. d. heut. R. R. 7te Aufl. S. 163.
2) Arch. f. d. civ. Pr. B. II. H. 2. nr. 147.
3) c. 1. C. 6, 52.

Darstellung der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum, kennen lernen.

Es gibt zweitens Verhältnisse, unter denen wenigstens das Recht, eine bereits deferirte Erbschaft anzutreten, auf die Erben des Berufenen übergeht. Dahin gehören alle übrigen gewöhnlich angeführten Transmissionen, mit Ausnahme derjenigen, welche wir schon bisher, als unter eine andere Classe fallend, ausgeschieden haben, nämlich der s. g. transmissio ex capite infantiae, der theodosiana und einiger Fälle der transmissio ex capite restitutionis in integrum.

II.

Von der s. g. transmissio ex capite restitutionis in integrum.

Dasjenige, was in diese Lehre Verwirrung hineingebracht hat, ist wieder die leidige Vermischung von Fällen ganz verschiedener Art, welche, obgleich sie zum Theil nach ganz verschiedenen Grundsätzen zu beurtheilen sind, dennoch, der Theorie und dem Systeme zu Gefallen, unter einen allgemeinen Namen gebracht worden sind. Ein Name, welcher um so weniger zu passen scheint, weil unter den hierher gezählten Fällen einige sind, welche zunächst mit einer Restitution gar nicht zusammenhängen.

Das Verhältniß wird sich am einfachsten darstellen, wenn wir die verschiedenen denkbaren Verhältnisse, unter welchen uns eine Erbschaft, welche uns entweder schon deferirt war, oder deren Delation uns bevorstand, entgehen kann, mit besonderer Rücksicht auf die Frage, in wie fern uns selbst, oder unseren Erben, dagegen noch Restitution, oder andere Hülfe gebührt, einzeln genauer betrachten.

I. Es kann sich ereignen, daß unser Erblasser zwar denjenigen, von dessen zu transmittirenden Nachlasse die Frage entsteht, überlebt hat, aber doch noch vor dem Ein-

tritte des Ereignisses, von welchem die Delation der Erbschaft abhängig war, verstorben ist. Der Grund, warum dann unserem Erblasser und folgeweise auch uns diese Erbschaft entgeht, liegt hier lediglich in dem zu früh eingetretenen Tode unseres Erblassers, indem derselbe vor der Delation noch nicht erwerben konnte. Auch durch Restitution kann uns hier regelmäßig nicht geholfen werden. Denn wogegen wollten und könnten wir in integrum restituirt zu werden verlangen? Gegen dasjenige Ereigniß, welches gehindert hat, daß wir mit dem eigenen Vermögen unseres Erblassers auch zugleich die fremde Erbschaft erworben? Dieses Hinderniß liegt blos in dem zu früh, vor der Delation erfolgten Tode unseres Erblassers, und dagegen ist schon an sich keine Restitution denkbar.

Nur in einigen wenigen Fällen kann unter solchen Verhältnissen den Erben noch geholfen werden, so daß ihnen noch die Antretung statt ihres Erblassers, wenn nach seinem Tode die Delation wirklich erfolgt, frei steht. Aber das Mittel, wodurch ihnen geholfen wird, ist dann niemals die hier schon an sich unstatthafte Restitutio in integrum, sondern ein ganz anderes.

Der eine Fall, der hierher gehört, ist die schon oben erwähnte transmissio theodosiana, und das Mittel, wodurch hier den Erben geholfen wird, ist, wie allgemein anerkannt wird, nicht Restitution, sondern die gesetzliche Fiction, daß die Descendenten des eingesetzten Erben als ihrem Ascendenten substituirt betrachtet werden sollen [1].

Der zweite Fall, welcher eine Ausnahme von der Regel bildet, und welcher mit Unrecht gewöhnlich als Transmission ex capite restitutionis in integrum betrachtet wird, ist folgender. Es kann sich ereignen, daß unser Erblasser auf eine Erbschaft schon ganz sicher und unbezweifelt

---

1) c. un. C. 6, 52. „*Licet* non sint invicem substituti.

einen Anspruch hatte, als er verstarb, in dem jedenfalls, es mogten sich die Umstände und Verhältnisse gestalten, wie sie wollten, ihm die Bonorum Possessio deferirt worden wäre. Es waren nämlich sonst alle Voraussetzungen und Bedingungen der Delation schon vorhanden, und nur ein zufälliges, temporäres Hinderniß hemmte sie noch. Denn es hieng erst noch von der Entscheidung gewissen, zweifelhafter factischer Umstände ab, auf welche Weise ihm eigentlich die Erbschaft deferirt sein sollte, ob ex testamento, oder ab intestato. Auf eine von beiden Arten war die Delation sicher schon factisch begründet; allein juristisch darum noch nicht, weil eben noch, vor der Hebung jenes Zweifels, kein Agnosciren der Bonorum Possessio möglich war.

Dahin gehört folgender Fall:

„*Papinianus* libro XIV. Quaest.

Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subjectus esse dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit. Quid enim si non potuerunt adire hereditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constituti?“

Jemand, der kein Descendent des Erblassers ist, war von diesem zum Erben eingesetzt worden. Er wollte antreten, konnte und durfte es aber vorerst noch nicht, weil ein impubes auftrat, sich fälschlich für einen Sohn des Testirers ausgab und ex primo decreto bonorum possessio verlangte. In Gefolge des edictum Carbonianum konnte nun vorerst noch nicht untersucht werden, ob der unmündige Prätendent wirklich ein ehelicher Sohn des Erblassers sei und also den Testamentserben ausschließe, oder nicht. In dieser Zwischenzeit verstarb der Testamentserbe. Der Strenge

nach hat sein Erbe keinen Anspruch auf die dem Verstorbenen deferirte Testamentserbschaft, wenn gleich sich jetzt offenbart, daß der angebliche Sohn des Testirers keiner gewesen ist. Denn der Testamentserbe hätte den ihm günstigen Ausgang des Prozesses, von dem die Gewißheit der Delation abhieng, selber erleben und dann antreten müssen. Allein er wird troz dem zu der Erbschaft noch zugelassen, weil im Grunde schon bei des Testirers Tode dem institutus nichts entgegenstand, was sein Antreten hindern konnte, indem schon damals der Prätendent ein untergeschobenes Kind, also ohne Erbansprüche war. Die Ursache, welche die Delation der Erbschaft verzögerte, lag daher zunächst blos in dem noch darüber vorherrschenden Zweifel und in der Verfügung des edictum Carbonianum. Darauf beziehen sich auch am Schlusse der Stelle die Worte: *vel ob litem in dubio constituti.*

Ja! das römische Recht geht noch weiter. Selbst wenn derjenige, welcher, wegen eines solchen bei dem Tode des Erblassers noch obwaltenden Zweifels, an der gewöhnlichen Delation und Erwerbung gehindert wurde, einen anderen ausserordentlichen Ausweg einschlagen konnte, um sich gleich jetzt den Nachlaß vorläufig zu sichern, er aber dieses leztere versäumt hat, so soll dennoch, nach seinem in der Zwischenzeit erfolgten Tode, seinem Erben dieses nicht schaden."

1) *Paulus* libr. XLI. ad edictum.

„Si quis eum, qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus: ut, et si ante

---

1) fr. 4. §. ult. D. 37, 4.

moriatur, bonorum possessionis *beneficium ad heredem transmittat*, quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest."

[1]) *Julianus* libr. XXIV. Digestorum.

„Sed etsi decesserint, antequam peterent bonorum possessionem, non est iniquum praetorem decernere, heredibus eorum salvum fore commodum bonorum possessionis secundum tabulas, vel contra tabulas."

Der hier entschiedene Fall ist folgender:

Es hat jemand im Testamente seinen postumus präterirt und nach seinem Tode giebt sich die hinterlassene Wittwe für schwanger aus. Der im Testamente eingesetzte Erbe kann jetzt, so lange noch zweifelhaft bleibt, ob nicht noch ein postumus nachkommen und das Testament rumpiren werde, keine bonorum possessio agnosciren und überhaupt die Erbschaft noch nicht adquiriren. Denn, ist er ein Descendent des Erblassers, so weiß er noch gar nicht, welche bonorum possessio ihm sich eröffnen werde, ob er, commisso per alium edicto, contra tabulas bonorum possessio zu agnosciren habe, oder ob secundum tabulas bonorum possessio. Ist dagegen der eingesetzte Testamentserbe kein Kind des Erblassers, so weiß er überhaupt noch gar nicht, ob ihm die Erbschaft deferirt werden werde; denn, durch die Agnation des postumus und die Ruption des Testaments verliert er allen Anspruch. Gerade dadurch unterscheidet er sich von dem institvirten Kinde des Erblassers, welches auf jeden Fall, die Sache mag ausgehen, wie sie will, einen Erbanspruch hat und behält. Um nun diesen seinen Anspruch inzwischen zu bewahren, soll ihm

1) fr. 3. D. eod.

gestattet sein, eine vorläufige *decretalis* 1) bonorum possessio zu agnosciren. Allein, auch wenn er stirbt, ohne sich dieses besonderen Ausweges bedient zu haben, so soll seinen Erben dennoch das commodum bonorum possessionis contra, vel secundum tabulas salvum verbleiben.

Ein anderer ähnlicher Fall ist folgender:

2) *Papinianus* libr. XIII. Quaest.

„Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat, filio mulieris servavit Divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit."

In allen diesen Beispielen finden wir, daß jemand auf jeden Fall zu dem Nachlasse berechtigt war, daß aber nur über einen, die Art der Delation bedingenden Umstand noch Zweifel obwalteten, die entweder schon jetzt vor dem Tode des Erbcompetenten, factisch zu seinen Gunsten entschieden waren, während die juristische Aufklärung darüber erst später nachfolgte, oder die, sie mogten sich nun späterhin lösen, wie sie wollten, doch nur auf die Bestimmung der Art der eintretenden Delation Einfluß hatten, indem jedenfalls die Delation auf irgend eine Weise erfolgen mußte.

Ganz anders verhält es sich, wenn unser Erblasser verstorben ist, zu einer Zeit, wo er zwar Hoffnung auf die künftige Delation einer eröffneten Erbschaft hatte, aber es in der That noch zweifelhaft war, ob jemals die Delation wirklich erfolgen werde, weil noch von dem Eintritte künftiger, factisch noch gar nicht entschiedener Ereignisse nicht blos die Art der Delation, sondern die Delation überhaupt

1) v. Löhr im Mag. B. 2. S. 447.

2) fr. 42. §. 3. D. 38, 2.

abhieng. Hier hatte unser Erblasser bei seinem Tode in der That noch gar keine Delation erlebt, indem dieselbe noch immer durch einen künftigen Umstand bedingt war, der eine solche Wendung nehmen konnte, daß die erwartete Delation vereitelt wurde.

Dahin gehört z. B. der Fall, wenn ein im Testamente eingesetzter extraneus verstirbt, bevor es schon entschieden ist, daß kein postumus das Testament rumpiren werde. Von diesem extraneus kann man nicht behaupten, daß er jedenfalls zur Erbschaft berufen sei; denn, wenn wirklich der postumus zur Welt kommt und durch sein Agnasciren das Testament rumpirt, so hat der extraneus gar keinen Erbanspruch. Sein Erbrecht war also in der That ein bedingtes.

Dabei werfen sich noch folgende zwei Fragen auf.

Erstens fragt es sich, ob in den so eben ausgeführten Fällen, den Erben desjenigen, welcher vor der eigentlich erfolgten Delation verstorben ist, durch eine Restitutio in integrum geholfen, oder auf welche andere Weise sonst ihnen noch die Möglichkeit der Erwerbung eröffnet werde. Zwar spricht man hierbei oft von einer Restitutio in integrum, aber mit Unrecht. Denn aus der ganzen Fassung der hierher gehörigen, zum Theil oben abgedruckten Stellen geht klar hervor, wie der Prätor den Erben nur dadurch hilft, daß er ihnen noch das Agnosciren einer *decretalis* bonorum possessio 1) gestattet. Daher heißt es, ohne daß irgend je der Restitution Erwähnung geschieht, der Prätor decernire, daß den Erben durch die Bonorum Possessio noch geholfen werde. Ja! oft wird geradezu und schlechtweg gesagt, daß bonorum possessionis beneficium auf die Erben übergehen solle. Dazu kommt noch, daß gar nicht ein Mal abzusehen ist, wie und auf welche Weise hier der Prätor

1) v. Löhr a. a. O.

Restitution ertheilen könnte. Denn eine eigentliche Läsion ist ja, wie gezeigt worden, hier weder für die Person desjenigen, von dessen Berufung die Rede, noch für dessen Erben vorhanden.

Es fragt sich ferner **zweitens**, ob diese ganze Transmission nicht vielleicht von selbst im neuesten römischen Rechte hinwegfalle. Es hat nämlich Kaiser **Constantin** im Allgemeinen gestattet, daß man, sobald nur der Erblasser wirklich todt ist, auch noch, ehe einen die Reihe trifft, also bevor die Delation Statt gefunden, schon vorläufig Bonorum Possessio agnosciren darf [1]. Da nun dadurch demjenigen, der künftig mit Gewißheit die Delation erwarten kann, die Möglichkeit eröffnet wird, schon vorläufig sich und seinen Erben durch vorläufiges Agnosciren die Bonorum Possessio zu sichern, so könnte es scheinen, als ob damit der ganze Grund jener sonstigen Transmission hinweggefallen sei. Allein troz dem ist dadurch an jenen früheren Transmissionsverhältnissen nichts geändert worden. Denn es ist ja allgemeiner Grundsatz, daß eine Rechtswohlthat dadurch allein, daß sie, bei geänderten Umständen, nicht mehr so nothwendig erscheint, als früherhin, ihre Anwendbarkeit durchaus noch nicht verliert. Es sind ferner die Stellen, welche von jener Transmission reden, unbedenklich von den Compilatoren noch in die Pandekten als geltendes Recht aufgenommen worden. Ausserdem wird ja ausdrücklich in einem bestimmten Falle, wie oben schon gezeigt worden ist, nach älterem Rechte ein Transmittiren der Agnition der Bonorum Possessio selbst unter solchen Umständen gebilligt, wo in der That auch damals schon eine vorläufige Agnition möglich gewesen

1) c. 9. C. 6, 9.

„Eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est, prioris gradus, properantius exeratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.“

war 1); ein Beweis, daß beides sich sehr wohl mit einander vereinigen läßt. Endlich giebt es ja auch Fälle, wo eine vorläufige, vor der Delation geschehende Agnition gar nicht ein Mal möglich ist; nämlich da, wo sich noch gar nicht im Voraus bestimmen läßt, welche Bonorum Possessio und auf welchen Theil des Nachlasses sie einem künftig deferirt werden wird. Gerade von einem solchen Falle war ja oben die Rede gewesen [2].

II. Es ist möglich, daß die Delation der Erbschaft zwar schon erfolgt ist, allein der Berufene noch sonst verhindert war, anzutreten, und nun darüber verstorben ist. Hier kommt alles zunächst darauf an, von welcher Art das entgegenstehende Hinderniß war.

1. War es ein juristisches Hinderniß, in dem der Berufene, in Gemäßheit eines entgegenstehenden gesetzlichen Verbotes, bisher noch gar nicht antreten durfte, so schadet sein Hinwegsterben vor dem Wegfallen des gesetzlichen Verbotes, seinen Erben nicht. Diesen wird vielmehr, wenn sie späterhin, nach Hinwegräumung des Hindernisses, die Ansprüche ihres Erblassers auf die Erbschaft geltend machen wollen, geholfen. Allein auch hier kommt es zu keiner eigentlichen Restitutio in integrum, sondern es wird den Erben, nach klaren Worten des Gesetzes, dadurch geholfen, daß ihnen, auf ihr Verlangen, ohne weiteres die actiones utiles aus der Erbschaft, als sei sie erworben, gestattet sind [3]. So namentlich im Falle des Senatusconsulti Sila-

---

1) fr. 4. §. ult. u. fr. 5. D. 37, 4. S. ob. S. 65 u. 66.

2) fr. 4. §. ult. u. fr. 5. D. 37, 4.

3) fr. 3. §. 30. D. 29, 5.

„Eleganter Scaevola ait, *ut quis ad heredem suum utiles actiones transmittat*, si forte ante aditionem decessit, exploratum esse debere, idcirco eum non adire, quod senatusconsulto, edictoque terreatur.“

niani, wenn der Berufene verstorben ist, antequam quaestio de servis habita est [1]). Nur wird freilich, zur Transmission der actiones utiles, hier immer vorausgesetzt, daß der Berufene auch wirklich die Delation erfahren und blos aus Rücksicht für das gesetzliche Verbot bisher noch nicht angetreten hat [2]).

2. War es ein blos factisches Hinderniß, wodurch der Berufene abgehalten wurde, die ihm deferirte Erbschaft anzutreten, so findet nach dem Tode des Berufenen niemals von selbst eine Transmission jener Erbschaft auf seine Erben, oder andere Personen Statt, wie in dem vorigen Falle, sondern es kann ihnen nur unter Umständen durch eine wirkliche in Integrum Restitutio geholfen werden. Dabei sind jedoch wieder folgende, ganz verschiedene Fälle von einander abzusondern und nach verschiedenen Grundsätzen zu beurtheilen.

a) Es ist möglich, daß der Nachtheil aus der nicht geschehenen Erbschaftsantretung zunächst und eigentlich nicht den jetzt verstorbenen Berufenen traf, sondern einen Dritten. Ist dann dieser Dritte, er sei nun Erbe des Berufenen, oder nicht, den vorhandenen Umständen nach in der Lage, daß ihm eine justa causa restitutionis zur Seite steht, so hat es keinen Anstand, daß er, schon nach den gewöhnlichen

---

fr. 4. D. eod.
„Qui postumos heredes instituerat, non natis postumis uxorem secundo loco scripsit heredem. Cum a familia necatus diceretur, uxor diem suam obierat; *heredes mulieris actiones ex constitutione sibi dari postulabant*. Eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier, quam in utero nihil gestare constabat, propter Senatusconsultum hereditatem adire noluit. Alioqui, praegnante ea defuncta, nullam injuriae querelam intervenisse.“

1) fr. 3. §. 29 — 32. D. 29, 5.

2) fr. 3. §. 30 u. 32. fr. 4. D. 29, 5. S. d. vorhergehende Note.

allgemeinen Grundsätzen, Restitution verlangen kann. Das ist dann aber auch gar nichts Besonderes.

In unseren Quellen finden wir folgenden, hierher gehörenden Fall [1]:

„Quum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset jubere adire in provincia agentem, Divus Pius rescripsit consulibus, subvenire ei oportere, mortuo filio, eo, quod reipublicae causa aberat."

Es war jemand reipublicae causa absens, als sein Filiusfamilias zum Testamentserben berufen wurde. Wäre er nun zu Hause gewesen, so hätte er seinem Sohne befehlen können, die Erbschaft anzutreten, und für ihn, den Vater, zu erwerben. Allein durch seine Abwesenheit wurde er daran gehindert, und nun war der Sohn darüber weggestorben. Hier wird nun, mit Verweisung auf ein kaiserliches Rescript, entschieden, daß dem Vater dennoch zu der ihm so verloren gegangenen Erbschaft durch eine Restitution verholfen werden solle. Als Verletzter erscheint dabei nicht der zur Erbschaft berufene Sohn, sondern der Vater, welcher durch den Sohn erwerben konnte. Auch wird als justa causa restitutionis in der Stelle selbst ausdrücklich die Abwesenheit des **Vaters** reipublicae causa genannt. Restituirt wird der Vater gegen den unterlassenen und jetzt nicht mehr möglichen Befehl an seinen Sohn, die Erbschaft anzutreten. Auch wird der Vater ja hier gar nicht in seiner Eigenschaft **als Erbe des berufenen Sohnes** restituirt, sondern in seiner Eigenschaft als **Vater**, in welcher er durch den Sohn erwerben konnte. Das geht theils aus der ganzen Fassung der Stelle, theils schon daraus hervor, weil nach dem Pandektenrechte bekanntlich der Vater noch gar nicht

---

1) fr. 30. pr. D. 29, 2.

seinen Mutterbruder beerbte [1]. Es ist dabei also alles in Ordnung, nichts Ungewöhnliches und Exorbitantes.

Dennoch hat Anton Faber [2]) diesen einfachen Gesichtspunct des vorliegenden Verhältnisses zu verrücken gesucht, indem er behauptet, daß hier überhaupt von gar keiner Restitution die Rede sei. Als Grund führt er an, theils, weil ja die Verletzung durch das Hinwegsterben des Kindes entstanden, dagegen aber schon an sich keine Restitution denkbar sei; theils, weil das kaiserliche Rescript nicht an den Prätor, zu dessen Geschäftskreis die Ertheilung der Restitution gehöre, sondern an die Consuln gerichtet sei. Allein diese Scheingründe sind leicht zu beseitigen. Denn ein Mal wird ja hier nicht zunächst gegen den Tod des Sohnes, der nur mittelbar die Veranlassung zu der Läsion gegeben hat, die Restitution ertheilt, sondern gegen den factischen Umstand, daß der Vater, als es noch Zeit dazu war, durch seine Abwesenheit abgehalten worden ist, dem Kinde die Antretung der Erbschaft anzubefehlen. Der Vater soll also, was gar nichts dem Begriffe der Restitution Widersprechendes ist, durch die Restitution in die Lage versetzt werden, als habe er jenen Befehl noch zur rechten Zeit dem Sohne ertheilt und dadurch die Erbschaft für sich erworben. Daß ferner das kaiserliche Rescript an die Consuln erlassen wurde, steht gar nicht entgegen. Denn bekanntlich erscheinen unter der Kaiserregierung die Consuln als kaiserliche Beamte, welche im Namen der Kaiser in zweiter Instanz Jurisdiction ausübten und nur, als kaiserliche Commissarien, an den Kaiser oft Bericht erstatten und Instructionen einholen mußten [3]. Das ist nun eben hier der Fall.

---

1) fr. 2. D. 49, 17.

2) Conjectur. lib. XIV. c. 1.

3) Hugo Geschichte des röm. Rechts. 10te Aufl. S. 1047. Schweppe Rechtsgesch. §. 540.

b) Es ist ferner möglich, daß der Nachtheil, die Läsion aus der versäumten Erbschaftserwerbung zunächst den Berufenen selber trifft, indem schon bei seinen Lebzeiten die Frist, innerhalb welcher er die Erbschaft erwerben konnte, abgelaufen ist. Das läßt sich denken, theils da, wo im Testamente vom Testirer selbst eine Frist zur Antretung festgesetzt worden ist, theils überhaupt bei der Bonorum Possessio, deren Agnition ja immer an eine bestimmte kurze Frist gebunden ist. Hier leidet es keinen Zweifel, daß, den gewöhnlichen Grundsätzen von der Restitution gemäß, der Berufene selber, wenn ihm eine justa causa zur Seite steht, Restitution gegen den durch den Ablauf jener Fristen und den daraus hervorgegangenen Verlust der Erbschaft erlittenen Nachtheil verlangen kann. Allein eben so wenig ist es zweifelhaft, daß, wenn der Berufene selber in dieser Lage war, Restitution ansprechen zu dürfen, auch nach dessen Tode, wenn nur sonst die dazu gesetzlich zustehende Zeit noch nicht abgelaufen ist, sein Erbe im Namen des verletzten Erblassers die Restitution in Anspruch nehmen kann. Denn das ist ja wieder ganz den allgemeinen Grundsätzen von der Restitution gemäß [1]).

Von einem solchen Falle redet ausdrücklich folgendes Rescript [2]) von Severus und Antoninus:

„Si Valerianus centurio cohortis duodecimae Alpinorum ante vita decessit, quam bonorum possessionem acciperet: haeres ejus *ex persona defuncti* restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, *si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctus est*."

---

1) fr. 6. D. 4, 1. fr. 3. §. 9. fr. 18. §. 5. D. 4, 4. c. 4. C. 2, 53.

2) c. 1. C. 2, 51.

Wenn gleich zufälliger Weise in dem hier erzählten Falle zunächst blos die absentia reipublicae causa als justa causa restitutionis vorkommt, so dürfen wir doch das Recht des Erben, noch im Namen seines Erblassers, welcher durch Ablauf der Agnitionszeit verletzt war, Restitution zu verlangen, nicht blos auf diesen Einen Restitutionsgrund beschränken. Denn überall, wo für den Erblasser, nach den gewöhnlichen allgemeinen Prinzipien, ein Restitutionsgrund vorhanden war, wird er auch dem Erben mit zu Gute kommen müssen, weil dieser ja hier *ex persona defuncti* Restitution verlangt.

Anton Faber [1]) will in dergleichen Fällen dem Erben des Berufenen nur dann Restitution gestatten, wenn der Berufene selbst schon bei seinen Lebzeiten erklärt habe, daß er die Erbschaft anzunehmen gesonnen sei, oder daß er sich wenigstens noch besinnen wolle. Denn sonst könne man ja eben so gut vermuthen, daß er absichtlich die Zeit der Agnition habe verstreichen lassen. Und dann sei für ihn überhaupt gar keine Läsion vorhanden. Allein das scheint keine wesentliche Voraussetzung zu sein. Denn so lange nur der Berufene sich nicht definitiv für die Ausschlagung erklärt hat, so lange muß er noch als Deliberirender betrachtet werden [2]). Noch weniger ist es nöthig, daß der Berufene schon selber vor seinem Tode sich durch den Ablauf der Agnitionszeit für lädirt erklärt hat. Denn das ist über-

1) Conject. lib. XIV. c. 1.

2) Das liegt theils schon in der Natur des Verhältnisses, theils spricht es auch Justinian selber in einer späteren Constitution deutlich aus.

c. 19. C. 6, 30.

„vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, ut ex hac causa deliberare videatur; sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem inducat.“

haupt keine Bedingung zum Dasein einer Läsion, wenn diese nur sonst sich factisch nachweisen läßt.

Dagegen setzt freilich eine jede solche Restitution des Erben gegen die vom berufenen Erblasser versäumte Erbschaftserwerbung immer voraus, daß dem Berufenen eine bestimmte Frist zur Erwerbung gesetzt war, und daß diese bereits abgelaufen. Eben darum kommt das ganze Verhältniß regelmäßig nur bei der Bonorum Possessio vor, weil nur deren Agnition, nicht aber die Adition der Hereditas, immer an eine bestimmte gesetzliche Frist gebunden ist; auch reden alle Stellen, welche von solchen Restitutionen handeln, lediglich von der Bonorum Possessio und dem Ablaufe der zu ihrer Agnition bestimmten Zeitfrist. Dann steht aber auch dem Restitutionsgesuche nicht entgegen der Umstand, daß etwa der Berufene, trotz dem Ablaufe der zur Agnition der Bonorum Possessio bestimmten Zeit, noch die Hereditas hätte antreten können. Denn wir haben die deutlichsten Stellen, aus denen hervorgeht, daß auch da, wo noch aditio hereditatis möglich war, gegen die versäumte Agnition der Bonorum Possessio Restitution ertheilt wurde [1]. Auch würde ja sonst nur in den wenigen seltenen Fällen, wo nach dem neueren Römischen Rechte eine Succession blos auf dem prätorischen Rechte beruht, eine Restitution der Art möglich sein; von welcher Beschränkung wir durchaus keine Spur finden. Dazu kommt, daß auch sonst nicht selten unter Umständen, wo noch auf andere Weise durch andere Rechtsmittel dem Lädirten hätte geholfen werden können, ihm die Restitution ertheilt wird [2]. Auch bot die Agnition der Bonorum Possessio dem Berufenen mancherlei Vortheile dar, die er in demselben Maaße durch die Aditio Hereditatis nicht immer erreichen konnte.

---

1) fr. 86. pr. D. 29, 2.

2) Z. B. fr. 16. §. 2. D. 4, 4. c. 3. C. 2, 25.

Ist nun endlich

c) gar niemand da, welchen zunächst aus der versäumten Erbschaftserwerbung eine Läsion trifft, weder der Berufene selbst, noch dessen Erbe, so kann natürlich auch nicht der Erbe des Berufenen durch das Mittel der Restitution in die Lage gebracht werden, die seinem Erblasser deferirt gewesene Erbschaft noch selber erwerben zu können. Denn er kann dann weder ex sua persona, noch ex persona defuncti über erlittene Läsion klagen; und ohne Läsion ist keine Restitution möglich. Das ist nun aber namentlich dann der Fall, wenn der Berufene verstorben ist, zwar ohne ausgeschlagen zu haben, allein doch noch vor dem Ablaufe der zur Agnition der Bonorum Possessio bestimmten Zeitfrist. Hier kann ex persona defuncti von dem Erben des Berufenen keine Restitution in Anspruch genommen werden, weil ja der Berufene bei seinem Tode noch gar nicht lädirt war, sondern immer noch sich in der Lage befunden, beliebig noch agnosciren zu können. Allein eben so wenig liegt in einem solchen Falle für den Erben des Berufenen, für seine Person, eine Läsion begründet, welche den Restitutionsanspruch irgend rechtfertigen könnte. Denn, daß nunmehr der Erbe des Berufenen die Erbschaft nicht bekommt, ist die natürliche Folge eines Ereignisses, gegen welches schon an sich keine Restitution denkbar ist, nämlich eine Folge des eingetretenen Todes des Erblassers. Daher finden wir auch einen solchen Fall in unseren Quellen dahin entschieden, daß hier eigentlich und nach allgemeinen Rechtsprinzipien dem Erben des Berufenen durch Restitution nicht zu helfen sei.

[1]) *Papinianus* lib. 6. Responsorum. —

„Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, haeres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum

1) fr. 86. pr. D. 29, 2.

possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant; *quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset.*"

Es wird hier auf das bestimmteste erklärt, daß, wenn in dem erzählten Falle der eingesetzte Erbe Pannonius Avitus nach Ablauf der gesetzlichen Agnitionsfrist gestorben wäre, seine Erben ex persona defuncti, wegen dessen absentia reipublicae causa, gegen die versäumte Ratihabition der von seinem procurator vorgenommenen Agnition Restitution hätten verlangen können; daß aber jeder Anspruch auf Restitution hier deßhalb wegfallen müsse, weil ja der Berufene selber noch immer hätte ratihabiren können und darum bei seinem Tode noch nicht als lädirt erschien.

Indessen, fährt Papinian fort, *humanitatis gratia* könne doch auch in diesem Falle Restitution ertheilt werden.

„Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat, et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis restitutionem habere; quod et his humanitatis gratia obtinendum est."

Diese Stelle hat den Interpreten viel Schwierigkeit gemacht. So viel ist gewiß, daß hier eine Ausnahme von den gewöhnlichen Rechtsregeln gemacht werden soll, *humanitatis gratia.*

Motivirt wird dieselbe durch Beziehung auf ein Rescript von Divus Pius, worin eine ähnliche Entscheidung enthalten gewesen sei. Höchst wahrscheinlich ist dieses nun die schon oben, bei einer anderen Gelegenheit erwähnte Stelle von Ulpian 1).

1) fr. 30. pr. D. 29, 2. S. ob. S. 72.

Leugnen läßt es sich nun freilich nicht, daß dieser von Ulpian vorgetragene Fall von demjenigen, den Papinian in unserer Stelle erzählt und, mit analoger Ausdehnung des kaiserlichen Rescriptes, zu Gunsten der Erben entscheidet, in mehrfacher Beziehung und in sehr wichtigen Momenten ganz verschieden ist. Denn in dem angeführten kaiserlichen Rescripte war gar nicht von dem Erben des Berufenen, *ex persona defuncti* Restitution gegen die versäumte Erbschaftserwerbung nachgesucht worden. Es hatte vielmehr in dem dort entschiedenen Falle der Vater, *ex propria persona*, wegen der ihm selbst durch seine eigene absentia reipublicae causa, in welche der Tod des berufenen Filiusfamilias fiel, widerfahrenen Läsion, Restitution verlangt [1]. Es kam also auch gar nicht weiter darauf an, ob die dem Filiusfamilias zur Agnition zustehende Frist abgelaufen war, oder nicht. Darauf beziehen sich auch in Papinian's Fragmente die Worte: *sine respectu ejus distinctionis.*

Ganz anders gestaltet sich das Verhältniß in dem von Papinian in unserer Stelle beurtheilten Falle. Hier war jemand verstorben, noch bevor er Nachricht von der ihm deferirten Erbschaft erhalten hatte. Natürlich lief ihm also auch noch gar keine Agnitionsfrist. Inzwischen hatte schon sein Procurator vorläufig für ihn Bonorum Possessio agnoscirt, und der Berufene hätte diese Agnition genehmigen können, wenn er vor seinem Tode den Anfall erfahren. Allein er starb darüber hinweg, ohne ihn zu erfahren, und der Grund, weßhalb er keine Kunde davon erhielt, lag in seiner absentia reipublicae causa. Hier konnte freilich den Erben, als sie ex persona defuncti Restitution verlangten, stricto jure nicht gewillfahrt werden. Denn der Berufene hätte ja noch immer späterhin ratihabiren können, war also noch nicht vor seinem Tode schon lädirt. Auch setzten ja die

1) S. ob. S. 72 u. f.

Erben selbst ihre Läsion darin, weil sie die Agnition der Bonorum Possessio, welche der Procurator ihres Erblassers vorgenommen, nicht mit Wirksamkeit ratihabiren konnten, quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, ratam habere non poterant.

Die Aehnlichkeit und Analogie beider Fälle besteht daher nur darin, daß in beiden nicht *ex persona defuncti* die Restitution ertheilt wird. Eine fernere Aehnlichkeit ist die, daß in beiden Fällen diejenigen, welche Restitution nachsuchten, dadurch zunächst um die Erbschaft kamen, weil sie jetzt, nach des Berufenen Tode, nicht mehr durch die Dazwischenkunft eines Dritten die Erbschaft erwerben konnten; der Vater des eingesetzten Filiusfamilias darum nicht, weil er ihm jetzt nicht mehr befehlen konnte, die Erbschaft anzutreten; die Erben des Berufenen darum nicht, weil sie die von dem Procurator des Verstorbenen vorgenommene Agnition nicht wirksam ratihabiren konnten [1]. Endlich lag die entferntere Ursache und Veranlassung der unterbliebenen Erbschaftserwerbung in beiden Fällen in der absentia reipublicae causa.

Das Resultat ihrer Vergleichung ist nun freilich, daß der von dem einen Falle entlehnte Entscheidungsgrund nicht ganz auf den anderen Fall paßte.

Allein dennoch bleibt die Entscheidung selber bestehen. Auch erscheint es gewiß als eine nicht zu billigende voreilige Keckheit, wenn einige Rechtsgelehrte, namentlich Anton Faber [2], sich dadurch zu einem gewaltsamen Mittel veranlaßt gefunden haben. Sie geben nämlich in jenem Fragmente Papinian's theils die Worte *stricto jure*, theils den ganzen letzten Theil der Stelle von: *Divum tamen Pium* an bis: *obtinendum est* für ein unpassendes und

---

1) fr. 3. §. 7. D. 37, 1.

2) c. l.

plumpes Emblem von Tribonian aus. Ihre Gründe dafür sind, daß auf der einen Seite die ratio decidendi nicht passe, auf der anderen Seite die ganze Wortfassung einen Mangel an Sprachgewandtheit verrathe, wie man denselben von Papinian nicht erwarten könne. Allein, so wahr auch, wie oben gezeigt worden, in gewisser Beziehung der erstere Umstand ist, so reicht er doch noch keineswegs hin zum Beweise eines Emblemes. Denn es lassen sich in unseren Rechtsquellen mehr Beispiele von ähnlichen, nicht ganz passenden Analogien und Entscheidungsgründen nachweisen. Was ferner die Wortfassung betrifft, so hat sie gerade nichts Besonderes und Auffallendes. Denn das Zeugma, wonach das Wort *amiserat* sich auf zwei Sätze bezieht, auf den Vater im Verhältnisse zum Sohne und auf den Sohn im Verhältnisse zu der mütterlichen Erbschaft, ist eine Sprachform, welche nicht ganz selten vorkömmt, gerade im Zeitalter von Papinian eher zu erwarten ist, als von Tribonian, und daher sogar von Merenda für eine besondere Eleganz erklärt wird. Gesetzt aber auch, es läge hier wirklich und erweislich eine Interpolation zum Grunde, so hat sie doch auf den practischen Werth der Entscheidung keinen Einfluß.

Indessen eine ganz andere Frage ist die, ob die Entscheidung Papinian's lediglich auf den von ihm erzählten besonderen Fall, wenn jemand noch vor der erfahrenen Delation der Bonorum Possessio, jedoch nachdem schon sein Procurator für ihn agnoscirt hatte, verstorben ist, beschränkt, oder noch weiter ausgedehnt werden soll. Das Erstere verdient wohl den Vorzug. Denn theils liegt eine solche beschränkende Interpretation schon in der Natur einer Entscheidung, die von Papinian selbst als etwas Exorbitantes, humanitatis gratia Eingeführtes bezeichnet wird; theils hat vielleicht auch die Eigenthümlichkeit einer durch den Procurator vorgenommenen Agnition auf die Entschei-

dung des Falles Einfluß gehabt. Wir finden nämlich, daß es überhaupt im römischen Rechte mit der nöthigen Ratihabition einer durch Andere vorgenommenen Agnition der Bonorum Possessio nicht immer ganz streng genommen wird [1].

III.

Ueber die s. g. transmissio ex capite sanitatis.

§. 1.

Darunter versteht man gewöhnlich den bekannten Grundsatz, daß der Suus heres, weil er ipso jure die Erbschaft erwirbt, auch immer, sobald er nur die Delation derselben erlebt hat, die Erbschaft als Theil seines übrigen Vermögens und als schon erworbenes Recht auf seine Erben überträgt. In so fern enthält denn freilich dieser Fall gar nichts Besonderes und kann am allerwenigsten als eine Ausnahme von der Regel, daß das Recht eine dem Erblasser deferirte Erbschaft zu erwerben, als ein höchstpersönliches, nicht auf die Erben übergehe, betrachtet werden. Viele wollen daher auch den Namen Transmissio hier gar nicht gelten lassen, weil es keine eigentliche Transmission sei. Das ist allerdings richtig, wenn man den Ausdruck Transmissio in dem jetzt gewöhnlichen, bestimmten Sinne nimmt. Allein, da, nach dem Obigen, ein solcher Kunstausdruck in unseren Quellen gar nicht existirt, da sogar der Ausdruck transmittere gerade von diesem Falle in den Quellen gebraucht wird [2], so mögte sich ein solcher Sprachgebrauch ganz wohl rechtfertigen lassen.

---

1) Z. B. fr. 16. D. 37, 1.

„Quotiens is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum, ratum eum videri habuisse. Rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.“

2) c. 8. C. 6, 55.

„Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis quo

§. 2.

Wichtiger, als dieser Streit um den bloßen Namen, erscheint die Bemerkung, daß bei dem Suus heres unter Umständen ein eigenthümliches Transmittiren ganz anderer Art vorkommt, was freilich in seinen Grenzen sehr streitig ist, aber doch gewiß existirt, und sicher nicht so stillschweigend, wie gewöhnlich geschieht, übergangen zu werden verdient [1]). Das ist nämlich das Transmittiren, nicht des Rechtes der Adquisition der Erbschaft, sondern des Rechtes, sich durch Abstiniren von der schon erworbenen Erbschaft wieder loszusagen. Zwar scheint es auf den ersten Blick auffallend, zwei so verschiedene Verhältnisse, wie das Erwerben einer deferirten und das Wiederaufgeben einer schon erworbenen Erbschaft mit einander zu vergleichen und sogar gewissermaaßen unter denselben Namen zu bringen. Allein, sobald man nur die Sache etwas genauer betrachtet, so verliert jene Vergleichung das Auffallende, und es offenbart sich vielmehr ein sehr genauer Zusammenhang zwischen beiden Rechtsverhältnissen, wodurch ihre Zusammenstellung vollkommen gerechtfertigt wird.

Es befindet sich nämlich der Suus heres gerade im umgekehrten Falle, wie der Extraneus. Der Extraneus erwirbt die ihm deferirte Erbschaft erst durch ihre Antretung, ist aber auch bis dahin aus der Erbschaft in keiner Beziehung verpflichtet. In Rücksicht der ihm deferirten Erbschaft kann daher eine Begünstigung für seine Erben nur

---

casu mortis scientia non postulatur, heres exstitit suus et ad te transmisit successionem."

1) Es wird das zwar zuweilen erwähnt, z. B. von *U. Huber* Praelect. ad D. lib. 29. tit. 2. §. 5. J. a *Sande* Decis. lib. 4. tit. 9. def. 9. *Scheuer* (praes. *Koch*) diss. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis. §. IX., allein in einem ganz anderen Zusammenhange.

darin liegen, daß diesen, auch noch nach ihres Erblassers Tode, die von diesem versäumte Antretung und Erwerbung gestattet wird. Was hier ausnahmsweise auf die Erben transmittirt wird, ist also das Antretungsrecht. Eine solche besondere Vergünstigung ist dagegen für die Erben des Suus heres gar nicht denkbar, wohl aber eine andere. Er erwirbt nämlich die ihm deferirte Erbschaft schon ipso jure, und stirbt er nach dem Zeitpuncte der Delation, so bringt es schon die Regel mit sich, daß die ihm deferirt gewesene Erbschaft auch seinen Erben zu Gute kommt. Dagegen kann, der Strenge nach, der Suus selbst die deferirte Erbschaft nicht ausschlagen, und noch weniger können es seine Erben. Nur jure praetorio ist dem Suus ein Abstiniren von der väterlichen Erbschaft, im Ganzen für ihn mit denselben Wirkungen, wie für den Extraneus das Repudiiren, gestattet. Er kann dadurch die für ihn nachtheiligen Folgen des Erbschaftserwerbes wieder von sich abwenden. Daß er dieses für seine Person kann, so lange er sich noch nicht immiscirt hat, das ist unbezweifelt, und er ist dabei auch wohl an gar keine bestimmte Frist gebunden. Allein eine andere Frage ist es, ob dazu auch der Erbe des Suus berechtigt ist, falls der Suus zwar noch vor dem Immisciren, aber doch ohne selber abstinirt zu haben, verstorben sein sollte. Darin würde allerdings für die Erben des Suus eine ganz ähnliche Vergünstigung liegen, wie für die Erben des Extraneus in dem ihnen noch gestatteten Antrittsrechte. Der Suus transmittirte dann sein Recht des Abstinirens auf seine Erben.

§. 3.

Allein gibt es auch wirklich im römischen Rechte ein solches Transmittiren? Es läßt sich das nicht bezweifeln, indem wir die sichersten, deutlichsten Spuren davon in unseren

Quellen finden. Dahin gehört eine Stelle aus den Pandekten [1].

Paulus libr. I. ad Sabinum.

„Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit, relicto filio necessario: permittendum est nepoti, abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur."

Nur freilich ist dieses ein sehr specieller Fall, den Paulus hier entscheidet. Denn hier war theils der Suus gestorben, bevor er erfahren, daß er ipso jure die väterliche Erbschaft erworben, theils war der Erbe des Suus ebenfalls ein Suus, nämlich der Enkel desjenigen, von dessen durch Abstiniren zu entschlagender Erbschaft die Rede ist. Es fragt sich also, ob nur unter diesen angegebenen Voraussetzungen das jus abstinendi auf die Erben des Suus, der sich noch nicht immiscirt hat, transmittirt wird, oder ob das auch noch weiter geht. Für beide Ansichten finden sich Auctoritäten, aber sämmtlich ohne unterstützende Gründe. Namentlich Koch [2] will blos bei diesem einen Falle stehen bleiben, und findet darin eine besondere, specielle Ausnahme, während Huber und Sande [3] für eine weitere Ausdehnung sich erklären.

Die Schwierigkeit liegt vorzüglich in dem Mangel der Stellen über dieses Verhältniß des Suus. Denn, obgleich das Recht desselben auf Abstiniren vielfach in unseren Quellen erwähnt wird, so findet sich doch gerade die Frage, wann und in wie weit noch die Erben des Suus abstiniren können, blos von Paulus in dem citirten Fragmente deutlich und bestimmt erwähnt. Gerade bei diesem Mangel müssen wir auch um so sorgfältiger selbst diejenigen Stellen

1) fr. 7. §. 1. D. 29, 2.

2) Diss. cit. §. IX.

3) c. l.

benutzen, deren Zusammenhang mit unserer Frage und Erklärung vielleicht noch zweifelhaft ist.

Dahin gehört besonders der Anfang der bekannten Constitution, wodurch Justinian die jetzt s. g. Transmissio Justinianea einführt [1]).

„Quum in antiquioribus legibus et praecipue in Quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, et aliis etiam quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipua sunt: eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam."

Gewiß ist es hier zuvörderst, daß ein besonderes Transmissionsrecht des Filiusfamilias in Rücksicht seiner väterlichen Erbschaft genannt wird, und zwar ein solches, was mit dem Deliberiren zusammenhängt und schon dem älteren Pandektenrechte bekannt gewesen. Denn darauf weist Justinian zurück. Gewiß ist es ferner, daß der Kaiser von jenem älteren Transmissionsrechte des Suus die Veranlassung genommen hat, durch analoge Ausdehnung seiner Grundsätze von dem Suus auf Extranei, ein neues Transmissionsrecht einzuführen, was er künstlich mit der Deliberation in Verbindung bringt. Allein von welchem Transmissionsrechte des delibirirenden Filiusfamilias Justinian redet, darüber herrschen sehr verschiedene Meinungen, so wie es nicht zu leugnen ist, daß der Kaiser sich dabei ungebührlich kurz und verworren ausdrückt.

Daß er nicht die gewöhnlich s. g. Transmissio ex jure suitatis im Sinne hatte und haben konnte, obgleich mit der Glosse die meisten Commentatoren dieses annehmen, hat

1) c. 19. C. 6. 30.

schon Thibaut [1]) richtig bemerkt. Denn theils erwähnt Justinian das Verhältniß als etwas Besonderes, wofür er namentlich die Auctorität des Juristen Julius Paulus anführt, und dazu paßt die bloße Erwerbung des Suus ipso jure nicht; theils spricht er von dem filiusfamilias *deliberans*, während das Deliberiren mit dem Erwerbe des Suus ipso jure weiter gar nicht zusammenhängt; theils endlich hat die gewöhnlich so genannte Transmissio ex jure suitatis gar keine Aehnlichkeit mit der von Justinian in der Constitution neu eingeführten, die doch als aus einer Ausdehnung jener älteren Art der Transmission hervorgegangen dargestellt wird.

Thibaut [2]) stellt die Vermuthung auf, daß der von Justinian erwähnte filiusfamilias deliberans ein solcher sei, der schon abstinirt und, wie ihm das die Gesetze erlauben [3]), nachher noch ein spatium deliberandi sich erbeten habe. Unleugbar ist das eine an sich sehr scharfsinnige Hypothese. Nur steht ihr in so fern manches entgegen, als wir nirgends eine Spur davon finden, daß der Suus, der nach dem Abstiniren eine Deliberationsfrist, zum Zwecke des Zurückgreifens zur väterlichen Erbschaft, erlangt hat, anders behandelt worden wäre, in Rücksicht des Transmittirens, als deliberirende Extranei.

Sollte es unter diesen Umständen denn nicht erlaubt sein, noch eine andere Hypothese aufzustellen? Vielleicht spricht Justinian von der Transmission des Rechtes zu abstiniren, welches dem Suus, so lange er noch als ein Deliberirender erscheint, nicht blos für seine Person, sondern auch für seine Erben freisteht. Der Sinn wäre dann folgender.

---

1) Versuche. Th. 2. Abhdl. 7.

2) A. a. O.

3) fr. 8. D. 28, 8.

Schon nach älterem Rechte stand es dem Suus frei, zu abstiniren, vorausgesetzt, daß er sich noch nicht durch Immisciren darüber erklärt hatte, die ihm ipso jure erworbene Erbschaft behalten zu wollen, so lange er also in dieser Beziehung noch deliberirte. Dieses Recht transmittirte er, wenn er noch als Deliberirender, d. h. ehe er sich immiscirt hatte, verstarb, unter gewissen Umständen auf seine Erben; und davon nahm Justinian die Veranlassung, auch den Erben des Extraneus, welcher deliberirend stirbt, und welche in dem umgekehrten Verhältnisse, wie die Erben des Suus waren, noch das Antreten zu gestatten.

Prüfen wir die Gründe für diese Ansicht, so ergeben sich folgende:

Was erstens die Worte Justinian's betrifft, so passen sie allerdings auch auf dieses Transmissionsrecht des Suus, wenigstens eben so gut und natürlich, wie auf die übrigen Erklärungen. Denn, daß der Suus, bevor er sich immiscirt, wirklich als ein Deliberirender erscheint, wird sich weiter unten zeigen. Ferner die Worte: „in suam posteritatem hanc transmittere" können sehr wohl den Sinn haben: die Erbschaft in dem Zustande, in welchem sie der Suus bei seinem Tode inne hatte, also mit der Befugniß, noch zu abstiniren, auf seine, des Suus, Erben transmittiren.

Zweitens spricht für unsere Erklärung der Umstand, daß nicht blos in den *antiquioribus legibus*, auf die Justinian zurückweist, ein solches Transmittiren des Jus abstinendi wirklich erwähnt wird, sondern daß es gerade Julius Paulus ist, auf dessen Auctorität Justinian sich speciell stützt, und daß das einzige Fragment in den Pandekten, welches von jenem Transmittiren des Rechtes zu abstiniren auf die Erben des Suus handelt, eben von diesem Paulus herrührt.

Drittens findet schon an sich und überhaupt im Allgemeinen, wie schon oben gezeigt worden ist, eine Aehnlichkeit Statt zwischen der Lage des Extraneus, der sich noch besinnt, ob er die deferirte Erbschaft erwerben will, oder nicht, und der Lage des Suus, welcher sich noch besinnt, ob er die ipso iure erworbene Erbschaft behalten, oder sich durch Abstiniren wieder davon lossagen will; so daß sich daraus sehr leicht erklärt, wie Justinian gerade auf die Idee gerathen konnte, aus Veranlassung jenes älteren Rechtsgrundsatzes, durch analoge Anwendung desselben auf das umgekehrte Verhältniß des Extraneus deliberans, die neue Transmissionsart einzuführen.

Endlich viertens tritt jene Aehnlichkeit beider Verhältnisse noch weit schärfer und auffallender hervor, wenn wir sie in einzelnen Puncten, namentlich in den gesetzlichen Voraussetzungen zu der Transmission, genauer mit einander vergleichen.

Justinian verlangt, damit seine neu eingeführte Transmission des Antretungsrechtes Statt finde, daß der berufene Extraneus als ein Deliberirender verstorben sei. Deßhalb muß er entweder sich eine Deliberationsfrist wirklich erbeten haben, und noch während ihres Laufes, oder er muß unter solchen Umständen verstorben sein, unter welchen sonst angenommen werden kann, er deliberire noch. Das letztere ist aber dann der Fall, wenn er zwar erfahren hat, daß er berufen worden, aber sich noch gar nicht, weder für die Antretung, noch für die Ausschlagung der Erbschaft erklärt hat.

Ganz dasselbe, nur freilich mit Modificationen, die nothwendig in dem anders gestalteten Verhältnisse lagen, scheint Voraussetzung der Transmission des Rechtes zu abstiniren gewesen zu sein. Denn es konnte hier den Erben des Suus nur dann das Abstiniren im Namen ihres Erblassers gestattet werden, wenn dieser noch nicht selber

definitiv sich für die Beibehaltung der erworbenen Erbschaft erklärt hatte. Daher stand ihm selber das Abstiniren nur so lange frei, als er sich nicht immiscirt hatte, und so lange war er einem Deliberirenden zu vergleichen [1]. Allein es leidet wohl keinen Zweifel, daß, wenn der Suus mit seiner endlichen Erklärung, ob er die ipso jure erworbene Erbschaft behalten, oder davon abstiniren wolle, zu lange zögerte, die Interessenten, namentlich die Erbschaftsgläubiger, eine Erklärung verlangen konnten, und daß der Suus, der sich dann nicht gleich definitiv entscheiden wollte, ein spatium deliberandi sich geben lassen mußte [2]. Wenn wir auch dafür keine bestimmte Stelle hätten, so würde das doch theils in der Natur der Sache selbst und in einer richtigen Würdigung des ganzen Zwecks der eingeführten Deliberationsfrist, theils in der Analogie der vielen anderen ähnlichen Fälle, in denen den um Erklärung gedrängten Erben und sogar den Vermächtnißnehmern das Spatium gestattet wird, theils in der speciellen Analogie des Falles, in welchem der Suus sogar nach seinem Abstiniren noch eine Deliberationsfrist verlangen kann [3], theils endlich darin liegen, daß die Ertheilung der Deliberationsfrist überhaupt mehr dem richterlichen Ermessen überlassen war und *ex causa* [4] ertheilt wurde. Allein wir haben sogar bestimmte Stellen dafür [5].

---

1) fr. 12. D. 29, 2.

2) *G. L. Boehmer* de suo herede ab hereditate se abstinente (Elect. jur. civ. tom. I. exercit. 4.) cap. 2. §. 11.

3) fr. 8. D. 28, 8.

4) fr. 8. D. 28, 8.

5) fr. 7. pr. §. 3. D. 28, 8.

Ulpianus lib. 60. ad Edict.

„Ait praetor: Si pupilli, pupillaeve nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat, eum hereditatem retinere, et hoc datum sit: caet."

So waren also auch hier die zwei Fälle des Deliberirens, des stillschweigend vom Gesetze angenommenen und des ausdrücklich erbetenen, möglich, wie bei dem Extraneus; und in beiden Fällen transmittirte wohl der Suus deliberans sein Recht zu abstiniren auf seine Erben, wenn er in diesem Zustande verstarb.

Der bisher versuchten Erklärung scheinen in der Stelle von Paulus die Worte: „prius, quam sciret, se necessarium extitisse patri heredem" entgegen zu sein; indem sie gerade umgekehrt den Fall voraussetzen, wo der Suus noch gar nicht wußte, daß ihm die Erbschaft erworben, während doch bei der nach der Analogie dieses Verhältnisses gebildeten Transmissio Justinianea gerade vorausgesetzt wird, daß der berufene Erbe den Anfall der Erbschaft schon erfahren habe.

Allein dieser scheinbare Widerspruch hebt sich leicht, wenn wir nur die Worte von Paulus und die besondere Eigenthümlichkeit, welche im Verhältnisse des Suus heres liegt, berücksichtigen. Paulus stellt nämlich offenbar einen concreten Fall auf, den er entscheidet. In diesem concreten Falle war der Suus verstorben, noch ehe er den ipso jure erfolgten Erwerb der Erbschaft erfahren hatte, und Paulus wirft nun die Frage auf, ob troß dem jetzt das jus abstinendi transmittirt werde. Er will, indem er diese Frage bejaht, keineswegs verneinen, daß auch dann die Transmission eingetreten sein würde, wenn der Suus nach der erfahrenen Adquisition, aber vor dem Immisciren verstorben wäre; er setzt dieses vielmehr als die Regel voraus; sondern er begegnet nur dem Zweifel, ob auch vor erfahrener Adquisition dasselbe eintrete. Diese letztere Frage bejaht er, und der Grund davon liegt in dem eigenthümlichen Verhältnisse des Suus, besonders in Vergleichung mit dem Extraneus.

Der Extraneus kann sein Recht, die deferirte Erbschaft anzutreten, darum nur nach erfahrener Delation transmit-

tiren, weil er selber noch nicht früher juristisch in der Lage war, erwerben zu können, also das zu transmittirende Recht selber noch gar nicht hatte. Denn eine Antretung, bevor man weiß, daß die Erbschaft deferirt worden, ist juristisch unmöglich [1]). Eben darum kann auch der Extraneus erst nach erfahrener Delation als Deliberirender betrachtet werden, weil, wer noch nicht antreten kann, auch nicht eigentlich deliberiren kann, ob er schon antreten wolle, oder nicht. Anders verhält es sich mit dem Suus.

Dieser erwirbt ipso jure die eröffnete Erbschaft im Momente ihrer Delation, auch wenn er noch gar nicht erfahren hat, daß die Delation schon erfolgt sei [2]). Sobald aber die Erbschaft dem Suus erworben ist, so ist auch juristisch für ihn das Recht zu abstiniren begründet. Um es factisch auszuüben, wird er freilich in der Regel erst erfahren haben müssen, daß er erworben habe. Aber das ist doch nur ein mehr zufälliges Requisit zur Ausübung des Rechtes, und es fragt sich sogar, ob nicht der Suus, nachdem er ipso jure erworben, selbst noch bevor er sich sichere Kunde davon erworben hat, schon in der Erwartung des künftigen Erwerbes, mit Wirksamkeit abstiniren könne. Der Umstand, daß doch der Extraneus nicht eher mit Wirksamkeit repudiiren kann, bis er von der geschehenen Delation Kunde erhalten hat, steht dem Suus keineswegs entgegen. Denn der Grund, weßhalb das Repudiiren vor der erfahrenen Delation juristisch unstatthaft ist, liegt, wie die Römer selber anführen, darin, weil nur derjenige repudiiren kann, welcher in der Lage war, antreten zu können [3]).

---

1) §. 7. J. 2, 19. fr. 19. fr. 32. fr. 84. D. 29, 2.

2) fr. 30 §. 6. fr. 84. D. 29, 2.

3) fr. 18. D. 29, 2.

Paulus lib. 2. ad Sabinum.

„Is potest repudiare, qui et adquirere potest." Vergl. auch fr. 13 pr. §. 1 u. 2. fr. 15. 17. 23. D. eod.

und weil der Extraneus vor erhaltener Kunde von der Delation nicht antreten kann. Dieser Grund paßt aber durchaus nicht auf das Abstiniren des Suus. Denn es besteht das Abstiniren in dem Lossagen von etwas schon Erworbenem, und erworben wird ja die Erbschaft dem Suus auch ohne seine Kenntniß von der geschehenen Delation und Erwerbung. Daher bemerkt auch Paulus in unserer Stelle, der Grund, weßhalb der Enkel in concreto von der seinem Vater ipso jure erworbenen Erbschaft sich lossagen könne, sei der, weil auch sein Vater schon in der Lage gewesen wäre, abstiniren zu können, quia et patri ejus idem tribueretur.

Gegen diese gegebene Erklärung läßt sich auch nicht einwenden, daß ein Suus, welcher noch nicht weiß, daß er ipso jure erworben hat, nicht als ein Deliberirender betrachtet werden könne. Denn theils ist es ja sehr wohl möglich, daß der Suus in der That schon zum Voraus, nach erfolgtem, vielleicht längst erwartetem Tode des Vaters, aber vor der erlangten Kunde davon, erklärt, er wolle sich von der Erbschaft lossagen, theils ist es ja überhaupt mit dieser mehr fingirten Deliberation nicht gar zu streng zu nehmen. Denn auch Justinian nimmt es bei seiner neu eingeführten Transmission nicht so genau damit, wie die Worte in der const. 19. C. 6, 30.

„vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renunciaverit, *ut ex hac causa deliberare videatur*; sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat."

beweisen.

§. 4.

Es mag nun die Vermuthung, daß die von Justinian in der const. 19. C. 6, 30. erwähnte Transmission des filiusfamilias deliberans eben dieselbe sei, welche Paulus in dem oben erläuterten Pandektenfragmente anführt, wahr

oder falsch sein: immer steht es doch fest, daß schon nach dem Pandektenrechte eine solche Transmission des Rechtes zu abstiniren auf die Erben des Suus wirklich existirte.

Aus inneren sowohl, als äusseren Gründen wurde in dem vorigen Paragraphen angenommen, daß Paulus diese Transmission nicht gerade blos auf den Fall, wenn der Suus vor erfahrener Adquisition verstorben, beschränken wollte. Auch ließe sich kaum ein vernünftiger Grund dafür denken, warum jene Transmission auf diese Weise beschränkt sein sollte.

Allein eine andere Frage ist die, ob jenes Transmittiren nur dann eintritt, wenn der Erbe des Suus ebenfalls ein Suus Necessarius ist. Es ist nämlich nicht zu läugnen, daß der von Paulus angegebene Grund, warum der Erbe des Suus noch abstiniren könne, *„quia et patri ejus idem tribueratur“* viel weiter zu gehen, so wie auch die Vergleichung dieser Transmissio mit der s. g. Transmissio Justinianea auf ein Transmittiren auf alle Erben des deliberirenden Suus hinzuweisen scheint. Allein auf der anderen Seite steht jener Ausdehnung wieder manches entgegen. Denn Paulus spricht blos von dem Fall, wo der Erbe des Suus ebenfalls ein Suus ist, und auch Justinian, wenn wir den Anfang der constitutio 19. auf die oben angegebene Weise erklären, nennt nur *posteritatem suam*, auf welche der Filiusfamilias transmittire. Auch läßt sich für diese Beschränkung ein ganz vernünftiger Grund anführen. Man kann nämlich sagen, daß hier von einem Abstiniren im Namen eines anderen Suus die Rede ist, und dieses setzt die Eigenschaft eines Suus ebenfalls in der Person desjenigen voraus, auf den das Recht zu abstiniren übergehen solle. Denn nicht überhaupt die Fähigkeit zu abstiniren wird transmittirt, so wenig als bei der Transmissio Theodosiana die Fähigkeit überhaupt eine Erbschaft anzutreten, sondern die Befugniß für einen Anderen und noch in dessen Namen zu ab-

stiniren. So wenig also nach der Transmissio Theodosiana eine Person, welche überhaupt nicht die zur Antretung einer deferirten Erbschaft nöthigen Eigenschaften hat, im Namen des während der Deliberation Verstorbenen noch antreten kann, eben so wenig kann jemand, der seinem Wesen nach Extraneus Heres ist, für seinen Erblasser, der Suus war, abstiniren. Daß dieses die Ansicht von Paulus sei, beweist gerade der angegebene Fall. Denn daß der Enkel, der so gut, wie sein verstorbener Vater, Suus war, abstiniren konnte, darüber war kein Zweifel möglich und keine Entscheidung nöthig; allein eigentlich konnte er nur als Suus seines Vaters von dessen Erbschaft sich lossagen und dadurch nur implicite mit von der darunter schon mit begriffenen Erbschaft seines Großvaters loskommen. Das ihm von Paulus gestattete Recht besteht eben darin, daß er die väterliche Erbschaft, die er ipso jure erworben, behalten, und von der großväterlichen Erbschaft, die sein Vater ipso jure erworben hat, abstiniren darf. Vielleicht liegt auch dabei die Nebenidee zum Grunde, daß man einen Ausweg schaffen wollte, damit der hinterlassene Suus nicht genöthigt werde, um der Erbschaft seines Großvaters zu entgehen, auch sich zugleich der väterlichen Erbschaft mit zu entschlagen.

Bei diesen Zweifeln mögte es wohl das räthlichste sein, lieber bei den strengen Worten von Paulus stehen zu bleiben, besonders, da das Transmittiren der angegebenen Art offenbar etwas Exorbitantes ist, was als solches strict interpretirt werden muß. Auf keinen Fall ist es zu billigen, wenn Manche, z. B. Huber [1]), gewissermaaßen einen Mit-

1) l. c.

„Certe cum sui heredes liberos reliquerunt, hi, licet pater non abstinuerit, tamen abstinere possunt.“

Oder sollte Huber hier unter *liberi* sich blos die *sui* denken? Das wäre denn aber doch sehr unpassend ausgedrückt, weil dergleichen liberi eben so gut extranei, als sui sein können!

telweg einschlagen und das Recht zu abstiniren wenigstens allen Kindern des verstorbenen Suus noch gestatten wollen. Denn dafür ist doch wohl gar kein genügender Grund vorhanden.

Eine andere Frage ist es jedoch, ob nicht vielleicht, wenn auch das Pandektenrecht zweifelhaft erscheint, durch das neueste Recht, namentlich durch Justinian's constitutio 19. C. 6, 30. eine Erweiterung oder sonstige Modification der Transmission des jus abstinendi herbeigeführt worden ist. Dieser Meinung ist namentlich Koch [1], indem er es für ganz ausgemacht ansieht, daß, wenn der Suus innerhalb der Deliberationsfrist oder des ersten Jahres, nach erlangter Kunde von dem Erwerbe, verstirbt, überhaupt sein Erbe jeder Art noch während des Restes jener Zeit abstiniren könne.

Allein, so vernünftig und natürlich auch an und für sich eine solche Vorschrift wäre, so wünschenswerth sie sogar erscheint, weil dadurch eine Menge Zweifel, Bedenklichkeiten und Controversen auf ein Mal gehoben würden: so wenig läßt sie sich doch, nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation, aus jenem Gesetze ableiten. Denn, selbst wenn wir es als gewiß annehmen wollen, daß Justinian im Eingange jener Constitution von der Transmission des jus abstinendi redet, so sieht man doch deutlich, wie er darüber zunächst nichts Neues bestimmen, sondern nur davon Veranlassung nehmen will, die neue jetzt s. g. Transmissio Justinianea einzuführen. Diese bezieht sich aber, nach den klaren Worten des Gesetzes, lediglich auf das Transmittiren des Rechtes, eine vom Erblasser noch nicht erworbene, sondern ihm nur deferirte Erbschaft, statt seiner noch anzutreten. Von dem Jus abstinendi ist in den dispositiven Worten der Constitution gar keine Rede. Wenn sich also nicht nachweisen läßt, daß schon vor Justinian das hier untersuchte Verhältniß des Suus so gewesen, so kann das aus der constit. 19. nicht geschlossen werden.

1) cit. l.

IV.

Ueber die mortis causa Donatio.

Von dem Herrn Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und Professor Dr. W. v. Schröter.

Savigny's Abhandlung über die Lex Cincia [1]) erregte ein neues wissenschaftliches Interesse für die Lehre von der Donatio inter vivos. Noch mehr wurde dies gesteigert, als die vaticanischen Fragmente eine neue reichhaltige Quelle für den Gegenstand eröffneten. Diese Umstände haben in der neusten Zeit eine Reihe schätzbarer Untersuchungen über ihn veranlaßt, welche die Hoffnung gewähren, daß er nach und nach zu völliger Klarheit gelangen werde. Die damit nahe verwandte mortis causa Donatio hat sich so umfassender und gründlicher Untersuchungen bis jetzt nicht zu erfreuen gehabt. Zwar liegen aus der letzten Zeit, vor der Verbreitung der vaticanischen Fragmente, einige neuere Abhandlungen [2]) vor, aber diese

1) Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 4. Abh. I.

2) v. Bülow, Form der Schenkungen von Todeswegen. In Dessen Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerl. Rechts. Th. 2. Nr. XVI. Braunschweig 1818. 8. — v. Schirach, Betrachtungen über die Schenkung auf den Todesfall. Im Archiv für die civil. Praxis. Bd. 2. Abh. XXXI., und in Dessen Beiträgen zur Anwendung des Rechts. Hamburg 1822. 8. Nr. VI.

haben nur Einzelnes ihrer Prüfung unterworfen. Vielseitiger ist jetzt [1]) der Gegenstand von einem jüngeren Zeitgenossen [2]) erfaßt worden, der allerdings seinen eigenen Weg geht, aber, wie wir glauben, in seinen Resultaten minder glücklich gewesen ist, als zu wünschen war. Diese Ansicht wurde schon von einer anderen Seite mit überzeugenden Gründen belegt [3]). Unter diesen Umständen werden Alle, welche sich das bisher über die mortis causa Donatio Vorgetragene vergegenwärtigen, einräumen, daß die Untersuchungen über diese Lehre noch nicht als geschlossen angesehen werden dürfen. Dies veranlaßte die folgenden Bemerkungen, welche indessen auch keine erschöpfende Entwickelung aller bei ihr in Betracht kommenden Verhältnisse, sondern nur nähere Feststellung und Berichtigung einzelner Punkte beabsichtigen.

Ihr Hauptzweck ist nämlich, eine richtige Erklärung der c. ult. Cod. de don. mort. causa. VIII, 57., mithin auf das neuste römische Recht gerichtet. Dieser kann jedoch nur durch einen Rückblick auf das ältere Recht, vorzüglich auf die Zeit der classischen Juristen, erreicht werden. Leider sind aber die Quellen hierfür sehr dürftig. Außer den Digesten-Fragmenten, welche in einer Hauptbeziehung nur noch die eine Seite des älteren Zustandes erblicken lassen, sind nur noch die Andeutungen der vaticanischen Frag-

1) Voran gingen die Bemerkungen Wenck's in der Praef. zu Haubold's Opuscul. T. I. p. XLV. sq.

2) Dr Wilhelm Müller, über die Natur der Schenkungen auf den Todesfall. Gießen 1827. 8.

3) Zimmern's Recension der Müller'schen Abhandlung; in der Tübinger krit. Zeitschr. Bd. 3. S. 232—240. Auch Thibaut hat sich bereits, in den Noten der siebenten Ausgabe seines Systems, Jena 1828, §. 908. 909., gegen die entschiedensten Unrichtigkeiten der Müller'schen Abhandlung erklärt.

mente und Justinian's [1]) vorhanden. Die letzteren sind um so wichtiger, weil wir ohne diesen Schlüssel nur eine sehr unvollständige Uebersicht der allmähligen Ausbildung der Lehre, und kaum eine Ahnung der ursprünglichen Bedeutung von Vielem, was die Digesten darbieten, haben würden.

Ich hebe zunächst die einzelnen Punkte des vorjustinianischen Rechts [2]) hervor, durch deren Beseitigung ich meinem Hauptzwecke näher trete. Diese betreffen: die Form, den Gegenstand und die allgemeine rechtliche Natur der mortis causa Donatio.

I. Die Form der mortis causa Donatio war, so viel wir irgend zu beurtheilen im Stande sind, sowohl ursprünglich, als zur Zeit der classischen Juristen durch nichts ausgezeichnet. Die Lex Cincia wurde, wie schon Brummer [3]) und Wenck [4]) angenommen

1) c. ult. Cod. h. t. §. 1. Inst. de don. II, 7. Nov. 87.

2) Beachtungswerth in dieser Beziehung ist eine Abhandlung Haubold's, welche, obgleich ihrem Hauptzwecke nach nur auf einen ganz speciellen Punkt aus der Lehre von der mortis causa Donatio gerichtet, doch viele andere Seiten derselben treffend berührt: Herrmann (Praes. Haubold) de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis. Lips. 1792. In Haubold's Opuscul. ed. Wenck. T. I. p. 439 — 496.

3) Comm. ad l. Cinciam. XV, 1. In Brummerianis. Lips. 1712. 8. p. 250. 251.

4) a. a. O. Dessen ungeachtet halte ich Wenck's Vermuthung, daß die mortis causa Donatio erst nach der L. Cincia, zur Umgehung derselben, Sitte geworden sei, ungegründet. Rechtsgeschäfte der Art werden zu leicht durch gewöhnliche Lebensverhältnisse veranlaßt, als daß ein besonderer positiver Grund ihrer Erfindung nothwendig angenommen zu werden braucht. Sollte es aber einen solchen gegeben haben, was, wie jetzt Gajus Bemerkung über die erste Veranlassung des Fideicommissi zeigt, allerdings möglich ist; so ließen sich noch

haben [1]), nur auf Donationes inter vivos angewendet. Dafür spricht theils die Natur der Sache, denn unmöglich konnten die Zwecke der Lex auf eine an sich widerrufliche Schenkung bezogen werden, wie sie denn auch entschieden nicht auf Schenkungen unter Ehegatten und Schenkungen des Vaters an die Kinder in seiner Potestas ging [2]). Theils war es schon bei der Donatio inter vivos Grundsatz: morte *Cincia* removetur [3]). Demnach waren vorzüglich zwei Formen der mortis causa Donatio möglich: unmittelbare Ueberlassung des geschenkten Gegenstandes, durch Mancipatio, In jure cessio, Traditio [4]) — und Stipulatio [5]).

---

viele andere Zwecke derselben denken: Vernichtung der Sacra privata, Umgehung der Beschränkungen, welchen das Testiren der Frauenzimmer unterworfen war, der Beschränkungen der Legata und überhaupt der letzten Willen.

1) Der entgegengesetzten Ansicht scheint, mit Haubold, Opuscul. p. 442., Herr von Buchholz, in seiner Ausgabe der vatican. Fragmente, Regiomonti 1828. p. 209., zu sein.

2) Hasse im Rhein. Museum. Erster Jahrgang. Heft 3. S. 211 — 243.

3) Frag. Vat. §. 259. Vergl. §. 266 275. 312.

4) In Justinian's Digesten wird natürlich nur noch der letzteren gedacht. Fr. 19. pr. Dig. de reb. cred. XII, 1. Fr. 4. Fr. 11. §. 4. Dig. de don. inter V. et U. XXIV, 1. Fr. 1. pr. Dig. de don. XXXIX, 5. Fr. 2. 29. 33. 35. §. 4. Fr. 36. 37 pr. 38. 39. 42. Dig. de mortis caus. don. XXXIX, 6. Fr. 15. in f. Dig. de manumiss. XL, 1. — *Theophil.* §. 1. Inst. de don.

5) *Festus*, v. mortis caussa stipulatio: „Mortis caussa *stipulatio* existimatur fieri, ut ait *Antistius Labeo*, quae ita fit, ut morte promissoris confirmetur, aut, ut quidam dixerunt, cujus *stipulationis* mors fuit caussa. — Fr. 76. Dig. de jure dot. XXIII, 3. Fr. 11. in f. Dig. de dote prael. XXXIII, 4. Fr. 34. Fr. 35. §. 7. Dig. h. t. Fr. 4. §. 1. Dig. de doli mali et met. ex. XLIV, 4.

II. Sehen wir bei der Frage, was Gegenstand der mortis causa Donatio sein kann? von der Ansicht aus, daß sie eine Freigebigkeit ist, durch welche das Vermögen [1]) des Beschenkten vermehrt werden soll; so liegt es in der Natur der Sache, daß, wie bei der Donatio inter vivos und der Dos [2]), Alles was rechtlich Vermögensgegenstand sein kann, hierher gehört, mithin theils Eigenthum, mit den aus ihm abgeleiteten Rechten, theils Obligationen. Die classischen Juristen stimmen hiermit vollkommen überein. Als Gegenstände der mortis causa Donatio finden wir nämlich aufgeführt:

1) Eigenthum, in doppelter Weise, theils so, daß eine Sache direct eigenthümlich übertragen wird, ea mente, ut statim fiat accipientis, theils so, daß der Schenker vorläufig nur den Besitz überträgt, sich das Eigenthum bis zum Tode vorbehaltend, ea mente, ut tunc demum fiat accipientis, quum mors fuerit insecuta, welches aber dann ipso jure übergeht [3]).
2) Ususfructus [4]).
3) Obligationen [5]), in sehr verschiedener Weise:
   a) Als Stipulatio, durch welche etwas mortis causa versprochen wird [6]). Daß diese nicht gegen den Grundsatz: ex heredis persona obligationes incipere nequeunt [7]), verstieß, ist von Aelteren und Neueren [8]) bemerkt worden.

1) Ueber die mortis causa Manumissio: Fr. 15. Dig. de manumiss.
2) Hasse, Güterrecht der Ehegatten. §. 72.
3) Die Seite 100. Note 4. cit. Stellen.
4) Fr. 1. §. 2. Dig. usufr. quemadmod. VII, 9.
5) Fr. 76. Dig. de J. D, XXIII, 3. „*obligationis* mortis causa constitutae."
6) *Festus* a. a. O. und die anderen S. 100. Not. 5. cit. Stellen.
7) *Gaj.* III. 100. §. 13. Inst. de inutilib. stipul. III, 19.
8) z. B. *Haubold* Opuscul. T. I. p. 459.

b) Als Acceptilatio, Delegatio, Expromissio, einfachen Erlaß einer Forderung [1]), auch durch einfaches Pactum.

Durch diese in den Quellen vorliegenden Beispiele, bestätigt sich nicht allein das angezeigte Prinzip zu weiterer Anwendung, sondern sie widerlegen zugleich die eigenthümlichste Seite der Abhandlung des Herrn Dr. Müller, nämlich die Behauptung: daß die mortis causa Donatio, bis auf den Fall des Fr. 35. §. ult. Dig. h. t., nur in Eigenthumsübertragung bestanden habe, und noch im neusten Rechte bestehe, daher bei ihr von keiner andern Acceptation, als der des geschenkten Gegenstandes, die Rede sein könne. Eine detaillirtere Widerlegung seiner einzelnen Gründe halte ich nicht für nöthig, denn diese reduciren sich im Wesentlichen auf den Inhalt der Seite 100. Note 4. angeführten Stellen, welchen aber der Inhalt der S. 100. Not. 5. und S. 101. Note 1. bemerkten zur Seite steht. Der ursprünglichste und gewöhnlichste Fall der mortis causa Donatio mag immerhin der des unmittelbaren Gebens gewesen sein. Dadurch erklären sich so allgemeine Aussprüche, wie „mortis causa donatur, quod praesens praesenti *dat* [2])" und die ganze Auffassung der mortis causa Donatio als Eigenthumserwerbungsart [3]). Dies kann aber um so weniger Bedenklichkeit erregen, als auch die Donatio inter vivos, sowohl nach älterem [4]), als nach neustem

1) Fr. 18. §. 1. §. 2. Fr. 24. Fr. 28. Fr. 31. §. 3. §. 4. Fr. 35. §. 6. Dig. h. t. Daß eine Societas nicht mortis causa Donatio eingegangen werden konnte, Fr. 35. §. 5. eod. hatte sehr einfache Gründe.

2) Fr. 38. Dig. h. t.

3) Fr. 7. Dig. de publ. act. VI, 2. §. 1. Inst. de don.

4) So weit die L. Cincia die Möglichkeit einer Schenkung durch Obligatio übrig gelassen hatte.

römischen Rechte [1]), nachdem sie in der einen oder anderen Weise eingegangen wird, theils als Eigenthumserwerb, theils als Obligatio, dasteht.

III. Schwieriger als die beiden jetzt festgestellten Punkte, ist die Untersuchung der ursprünglichen rechtlichen Natur der mortis causa Donatio. In dieser Beziehung leidet es keinen Zweifel, daß sie ursprünglich ganz als Donatio, mithin als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, behandelt wurde, ohne daß man daran gedacht hätte, sie mit einem letzten Willen zu vergleichen, oder gar unter die Grundsätze von den Legaten zu stellen. Dafür spricht: 1) Schon der Name. Dieser bezeichnet eine Donatio, deren Grund der Tod ist, also an sich nichts Ausgezeichnetes. Daß mithin 2) noch die classischen Juristen unter Donatio in allgemeiner Auffassung, sowohl die mortis causa, als die inter vivos verstehen [2]). 3) Daß man selbst später, als Grundsätze von den Legaten auf die mortis causa Donatio angewendet wurden, dies nur vergleichungsweise, ad exemplum legatorum, instar legatorum, that, ohne je den Gesichtspunkt aus dem Auge zu verlieren, daß das Geschäft an sich Donatio sei. Selbst Julianus [3]), den wir als den vorzüglichsten Erweiterer jener Vergleichung zu betrachten haben, behandelt sie an sich als eine gewöhnliche Schenkung, die nur „sub conditione solvatur.“ Ihm entgeht aber dabei nicht, daß dies keine Eigenthümlichkeit derselben ist, sondern auch die nicht auf den Tod bezügliche Donatio, z. B. das Brautgeschenk, leicht denselben Character annimmt. 4) Daß die Vergleichung mit dem Legat erweislich erst in die Kaiserzeit gehört. 5) Daß die mortis causa Donatio, selbst ungeachtet der c. ult.

1) §. 2. Inst. de don. c. 35. Cod. eod.

2) Fr. 67. §. ult. Dig. de V. S. L, 16.

3) Fr. 1. Dig. de don. Fr. 2. Dig. h. t.

Cod. de don. mort. caus., noch in Justinian's Rechtsbüchern, ihrem Grundcharacter nach, als Donatio behandelt, und deshalb nicht in Verbindung mit dem Erbrechte, sondern in den Institutionen bei der Lehre vom Eigenthume, in den Digesten und im Codex im Obligationenrechte, dargestellt wird. Auf jenem Grundcharacter des Geschäfts beruht es denn auch wohl, daß der römische Sprachgebrauch durchaus nicht so durchgreifend, wie es bei uns gewöhnlich geworden ist, zwischen Donatio inter vivos und mortis causa unterscheidet. Vielmehr findet sich die erstere Beziehung, welche leicht zu der Ansicht verleitet, die mortis causa Donatio sei kein Geschäft unter Lebenden, nur sehr selten [1]). Gewöhnlicher wird die Donatio inter vivos, im Gegensatze der letzteren, nur Donatio non mortis causa genannt [2]).

Die bezeichnete Auffassung der mortis causa Donatio war aber auch ganz durch die Natur der Sache geboten. Denn wer mortis causa schenkt, disponirt nicht für die Zukunft, für den Fall seines Todes, sondern er schenkt, obgleich in Bezug auf denselben, in der Gegenwart. Die Vermögensvermehrung, sie bestehe worin sie wolle, wird daher regelmäßig sogleich erworben und begründet. Deshalb wird die mortis causa Donatio, als eine Beschenkung, welche „sub conditione solvitur [3])", characterisirt; deshalb tritt, im Falle des Widerrufs, eine Condictio, oder utilis Vindicatio ein [4]); deshalb ist, wo durch Stipulatio

1) z. B. Fr. 25. pr. Dig. de inoff. test. V, 2. c. ult. Cod. h. t.

2) Fr. Vat. §. 259. pr. J. de don. Fr. 25. pr. cit. Fr. 1. §. 2. Dig. de tutelae. XXVII, 3. Fr. 37. §. 3. Dig. de legat. III. Fr. 7. §. 6. Dig. de don. Fr. 67. §. 1. Dig. de verb. sign. Constantin bezeichnet die non mortis causa Donatio durch „directa" c. 25. Cod. de don. VIII, 54.

3) Fr. 1. pr. Dig. de don.

4) Fr. 13. Dig. de cond. causa data. XII, 4. Fr. 76. Dig. de

mortis causa geschenkt wurde, die Obligatio auf Seiten des Beschenkten sogleich vollkommen erworben (dies cedit), und nur die Exactio wird erst durch den Tod fällig (dies venit) [1]). Die mortis causa Donatio beruht ferner nicht auf dem einseitigen Willen des Schenkers, sondern setzt immer den Erwerb des Zugewendeten auf Seiten des Beschenkten voraus. Besteht sie in unmittelbarer Ueberlassung einer Sache, so muß eine Mancipatio, In jure cessio oder Traditio derselben erfolgt sein, welche nur durch Mitwirkung des Beschenkten, oder eines Stellvertreters desselben, möglich ist. Geschieht sie durch Obligatio, Eingehung oder Aufhebung einer solchen, so muß entweder wieder der Beschenkte an dem Geschäfte Theil nehmen, oder er wird sogleich, obgleich nur sub conditione resolutiva, liberirt. Dazu kam endlich die völlige Unabhängigkeit der mortis causa Donatio von der Hereditas. Diese zeigte sich vorzüglich darin, daß die Schenkung eine Freigebigkeit aus dem Vermögen des Lebenden, nicht aus dem Nachlasse war, daß sie in keiner Beziehung mit dem Testament des Schenkers stand [2]), was wenigstens bei Legaten unmöglich war [3]), in ihrer Unabhängigkeit von der Erbschaftsantretung und dem Verluste der Querela inofficiosi [4]). Unter diesen Umständen konnte natürlich auch Niemand auf den Gedanken kommen, die Form letzter Willen

---

jure dot. XXIII, 3. Fr. 18. pr. 14. 23. 24. 29. 30. 35. §. 3. Fr. 39. 44. Dig. h. t.

1) Fr. 34. Dig. h. t.

2) Fr. 25. Dig. h. t. „Tam is qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest."

3) Selbst noch als Legate in Codicillis testamento confirmatis errichtet werden durften, denn dies war nur durch die Fiction möglich, der Codicill sei Pars testamenti.

4) Fr. 5. §. 17. Dig. de his, quae ut indign. XXXIV, 9.

auf sie anzuwenden. Vielmehr wurde sie auch in dieser Beziehung ganz als Schenkung behandelt.

Suchen wir dagegen die Seite der mortis causa Donatio auf, durch welche sie sich von der inter vivos unterschied, so bestand diese lediglich in ihrer Widerruflichkeit, und diese bot eine doppelte Möglichkeit dar. Der Widerruf konnte nämlich 1) ausdrücklich, ohne weitere Veranlassung, ex mera poenitentia geschehen [1]), und 2) verstand er sich, wo in Bezug auf eine bestimmte Gefahr geschenkt war, von selbst, wenn der Beschenker diese überstand, convaluit, diese Bedingung möchte ausdrücklich gestellt sein oder nicht [2]). Dazu kam 3) daß sie erlosch, wenn der Beschenkte vor dem Schenker starb [3]). Auf diese Weise hing die gänzliche Perfection derselben auf irgend eine Weise von dem Tode des Schenkers ab [4]). Nur darf man diese Perfection nicht mit der Perfection rücksichtlich der Vermögensvermehrung verwechseln. Die letztere wird, wie oben gezeigt worden ist, regelmäßig nicht erst durch den Tod des Schenkers, sondern durch die bloße Eingehung des Geschäfts vollendet. In dieser Beziehung ist auch die mortis causa Donatio so gut eine vollendete Donatio, wie die inter vivos. Die Perfection, welche sie durch den Tod des Schenkers erhält, bezieht sich lediglich auf ihre nun eintretende Unwiderruflichkeit [5]), wie

---

1) Fr. 16. 30. Dig. h. t. — §. 1. Inst. de don. *Pauli* Sent. III, 7. §. 2.

2) Fr. 8. §. 1. Fr. 13. §. 1. Fr 18. §. 2. F. 19 24. 35. §. 3. 4. 5. Fr. 39. Dig. h. t. — §. 1. Inst. cit. *Pauli* Sent. III, 7. §. 1.

3) Fr. 1. Fr. 13 §. 1. Fr. 26. Fr. 35. §. 2. 4. Fr. 44. Dig. h. t. — §. 1. Inst. cit.

4) Fr. 32 Dig. h. t. „Non videtur perfecta mortis causa donatio facta ante, quam mors insequatur." *Paul.* a. a. O. §. 2.

5) Fr. 32. cit., verglichen mit den übrigen Note 1 — 4. angeführten Stellen.

denn überhaupt perfecta Donatio eine solche ist, welche, ihrer Eingehung nach, keinen Widerspruch mehr zuläßt. In diesem Sinne kann selbst eine nichtige Schenkung perfect sein, nämlich wenn sie so eingegangen wurde, daß sie, wenn sie nicht nichtig wäre, an sich unwiderruflich sein würde, z. B. die Schenkung des Vaters an seinen Filiusfamilias [1]; während umgekehrt eine ihrer Eingehung nach unwiderrufliche Schenkung dadurch nicht imperfect wird, daß sie dessen ungeachtet aus anderen Gründen, z. B. weil der Beschenkte Libertus des Beschenkten war [2], oder wegen Undankbarkeit desselben, widerrufen werden kann. Untersuchen wir nun die Widerruflichkeit der mortis causa Donatio näher, so zeigt sich: 1) daß sie sich durch diese von dem Character eines Geschäfts unter Lebenden nicht entfernt; 2) daß sie sich dadurch dem Character eines letzten Willens nicht nähert.

Das characteristische Wesen eines Geschäfts unter Lebenden besteht darin, daß durch dasselbe schon bei Lebzeiten des Disponenten Rechte begründet, aufgehoben oder verändert werden. Dessen ungeachtet kann das Geschäft aus verschiedenen Gründen widerruflich sein. Bald vermöge ausdrücklicher Verabredung, z. B. vermöge eines Pactum displicentiae, einer Addictio in diem, einer Lex commissoria, einer anderen Resolutivbedingung, bald nach der durch seine Natur stillschweigend ausgesprochenen Absicht des Disponenten, wie beim Precarium, beim Mandat, bald nach besonderer positiven Bestimmung, wie bei der Schenkung wegen Undanks. Widerruflichkeit an sich ist mithin keine Eigenthümlichkeit letzter Willen. Wenden wir dies Alles auf die mortis causa Donatio an, so kann die Richtigkeit meines ersten Satzes keinem Zweifel unter-

1) Fr. Vat. §. 275. 278. 293. 311. 312.

2) Fr. Vat. §. 274.

worfen sein. Denn daß die Wirkung derselben, rechtliche Vermehrung des Vermögens des Beschenkten, schon bei Lebzeiten des Schenkers eintritt, ist früher gezeigt worden, und ihre Widerruflichkeit beruht auf Gründen, nach welchen jedes andere Geschäft unter Lebenden widerruflich sein könnte. Die Widerruflichkeit ex poenitentia beruht darauf, daß die Absicht des Schenkers bei der mortis causa Donatio, weil er nur in Bezug auf seinen Tod schenkt, obgleich er schon jetzt giebt, nicht ist, sich schon bei seinen Lebzeiten die Verfügung über das Seinige zu entziehen [1]. Die Widerruflichkeit wegen Convalescenz des Schenkers beruht darauf, daß, wer in Bezug auf eine bestimmte Todesgefahr schenkt, nur sub conditione resolutiva geschenkt hat. Die Widerruflichkeit wegen des früheren Todes des Beschenkten endlich, beruht auf dem einfachen Grunde, daß er den Eintritt der Unwiderruflichkeit nicht mehr erlebt, mithin seinen Erben nur ein widerrufliches Recht hinterlassen hat.

Noch einfacher ist die Richtigkeit meines zweiten Satzes nachzuweisen. Die Widerruflichkeit letzter Willen ist nämlich von ganz anderer Beschaffenheit, wie die der mortis causa Donatio. Der Widerruf eines letzten Willens ist nichts als Willensänderung, rücksichtlich einer Verfügung, aus welcher noch Niemand ein Recht erworben hat, und beruht

---

1) Schon die römischen Juristen erklären die Widerruflichkeit der mortis causa Donatio sehr richtig aus der Absicht, in welcher der Beschenker giebt. Sie erscheint ihnen daher auch durchaus nicht als eine besondere Eigenthümlichkeit, da jedes Rechtsgeschäft erst durch die Absicht des Disponenten seine Farbe erhält. Fr. 1. Dig. de don. Fr. 2. Fr. 35. §. 2. 3. Dig. h. t. §. 1. Inst. de don. Gleich scharfsinnig bezeichnen sie aber auch das Wesen seiner Absicht durch die bekannte Erklärung: „Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult magis, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam heredem suum.“ Fr. 1. pr. Fr. 35. §. 2. Dig. h. t. §. 1. Inst. cit.

einfach darauf, daß nichts den Disponenten hindern kann, einen Willen zu ändern, der bis jetzt durchaus nichts als Wille ist. Der Widerruf der mortis causa Donatio hingegen ist Zurücknahme bereits wirklich erworbener Rechte, und beruht auf ganz anderen Gründen, nämlich den so eben, bei der kurz vorhergehenden Untersuchung ausgesprochenen.

Ich glaube durch diese Entwicklung gezeigt zu haben, daß die mortis causa Donatio so wenig ihrer Natur nach Verwandtschaft mit letzten Willen hat, als sie ursprünglich als ein solcher behandelt wurde. Wir finden indessen bei den classischen Juristen zwei neue Ansichten, zu deren Untersuchung ich gegenwärtig übergehe.

Zuförderst behauptete Julianus, bei der mortis causa Donatio könne durch besondere Verabredung jeder Widerruf des Schenkers, ausser dem wegen des früheren Todes des Beschenkten, also der ex poenitentia und der wegen Convalescenz, ausgeschlossen werden, ohne daß dadurch das Geschäft aufhöre mortis causa Donatio zu sein. Die Verabredung hingegen, daß die Schenkung in keinem der möglichen Widerrufsfälle, mithin auch nicht beim früheren Tode des Beschenkten, solle widerrufen werden können, vernichte das Wesen der mortis causa Donatio, und verwandele das Geschäft in Donatio inter vivos. Diese Bestimmung war sehr wichtig, von dem Augenblicke an, wo man die mortis causa Donatio unter Grundsätze von Legaten stellte, welche dann im letzteren Falle nicht auf sie angewendet werden konnten. Sie wurde von Julian's Nachfolgern, wie Marcianus und Paulus, wiederholt, und von Justinian nicht allein in die Digesten aufgenommen, sondern noch durch eine besondere Constitution bestätigt, und verdiente dies vollkommen, wegen ihrer inneren Richtigkeit und des ihr zu Grunde liegenden Scharfsinns. Bei der mortis causa Donatio

wird nämlich in Beziehung auf den Tod des Schenkers geschenkt. Erlebt der Beschenkte diesen nicht, so ist für ihn die Beziehung, in welcher ihm geschenkt wurde, weggefallen, mithin die Zurücknahme des Geschenks von Seiten des Schenkers gerechtfertigt. Durch die Verabredung, daß die Schenkung davon unabhängig sein soll, ob der Beschenkte den Tod des Schenkers erlebt, oder nicht, wird aber jene Beziehung, der durchaus wesentliche Bestandtheil der mortis causa Donatio, weggeschnitten, diese mithin in eine Schenkung ohne Beziehung auf den Tod des Schenkers, non mortis causa, d. h. eine Donatio inter vivos, verwandelt. Durch die Ausschließung der beiden anderen Widerrufsfälle, verliert dagegen die Schenkung nichts an ihrer wesentlichen Beziehung auf den Tod des Schenkers, das Geschäft bleibt mithin dessen ungeachtet mortis causa Donatio. Der characteristische Punkt, durch welchen sich die mortis causa Donatio von der inter vivos auszeichnet, ist mithin: ihre Widerruflichkeit beim früheren Tode des Beschenkten [1]. Sehr richtig ist es daher, wenn Mühlenbruch und Warnkönig sie nach diesem Gesichtspunkte definiren und dadurch das Grundprincip an die Spitze stellen [2].

Zweitens: die Vergleichung der mortis causa Donatio mit dem Legat.

Nicht allein wird die mortis causa Donatio in zahlreichen Digesten-Fragmenten mit dem Legat verglichen, und hiernach unter die von diesem geltenden Grundsätze gestellt, sondern Justinian berichtet geradezu einen Streit

---

1) Die hierher gehörigen Stellen sind: Fr. 13. Fr. 27. Fr. 35. §. 2. 4. Dig. h. t. Nov. 87. Daß Julianus der Urheber dieser Bestimmung sei, sagt Nov. 87. praef. ausdrücklich, mit Beziehung auf das neun und dreißigste Buch der Digesten.

2) *Mühlenbruch* Doctr. pand. T. III. §. 564. *Warnkoenig* Inst. jur. rom. §. 863.

der Juristen über sie [1]), indem Einige sie „donationis,“ Andere sie „legati instar“ betrachtet und demnach behandelt hätten. Dieser Streit darf aber nicht so gedacht werden, als ob einige Juristen die mortis causa Donatio geradezu für ein Legat erklärt hätten, sondern durchaus nur von einer Vergleichung derselben mit dem Legat, und dadurch begründeter analogen Anwendung der Grundsätze vom Legat auf sie. Denn so ungeschickt sich auch Justinian in seinen Constitutionen darüber ausdrückt [2]), so bezeichnet er doch in den Institutionen sehr genau den richtigen Gesichtspunkt [3]), welcher dadurch über allen Zweifel erhoben wird, daß die Digesten-Fragmente immer nur von Vergleichung mit den Legaten reden [4]). Ob der Streit zu den Controversen der Sabinianer und Proculianer gehört habe, wie oft behauptet worden ist, wissen wir wenigstens nicht; denn die Stelle, aus welcher

---

1) §. 1. Inst. de don. c. ult. Cod. h. t. Nov. 87. praef.

2) c. ult. cit. „Cum de mortis causa donatione dubitabatur, et alii quidem *inter ultimas voluntates eam posuerunt*, et *legatis aggregandam esse censuerunt*, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt: dubietate eorum explosa sancimus etc.“ Eben so Nov. 87. praef.

3) §. 1. Inst. cit. „Hae mortis causa donationes *ad exemplum* legatorum redactae sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an *legati instar* eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant: a nobis constitutum est etc.“

4) „Ad exemplum,“ „ad instar legatorum,“ „similis,“ „non similis,“ „comparatio legatorum,“ „comparantur legatis.“ Fr. 5. §. 17. Dig. de his quae ut indign. XXXIV, 9. Fr. 20. Dig. de legat. praest. XXXVII, 5. Fr. 1. §. 1. Dig. si quid in fraud. patroni. XXXVIII, 5. Fr. 15. Fr. 17. Fr. 37. pr. Dig. h. t.

man dies gewöhnlich ableitet [1]), läßt keinen sichern Schluß zu [2]). Ich werde später hierauf zurückkommen. Justinian hat indessen, was später weiter zu untersuchen ist, den Streit im Sinne Derer entschieden, welche der Vergleichung mit den Legaten huldigten, und dies hat die Folge gehabt, daß in seinen Digesten nur Stellen aus den Schriften dieser Juristen aufgenommen sind. Daher ist zwar in ihnen der ganze Gegensatz ausgeglichen, und eben auch nur eine Seite desselben erhalten worden, wodurch seine Beurtheilung natürlich sehr erschwert wird.

Justinian stellt die Sache so dar, als sei die Vergleichung der mortis causa Donatio mit den Legaten blos eine wissenschaftliche Ansicht einiger Juristen gewesen. Aus den Digesten und anderen Quellen geht aber hervor: 1) daß die Gesetzgebung selbst sehr wesentlichen Antheil daran hatte, indem ein Senatusconsult und Constitutionen erwähnt werden, welche die Gleichstellung für bestimmte Verhältnisse positiv aussprechen; 2) daß sich die Vergleichung nur auf einzelne Punkte bezog, ohne je allgemein zu werden, und daß sie sich auch für jene nur sehr nach und nach, durch allmählige Erweiterung von einem zum anderen, ausbildete.

Zur näheren Begründung dieser Resultate und anderer Betrachtungen wird eine Untersuchung der einzelnen, in den vorhandenen Quellen berührten Vergleichungspunkte nothwendig.

1. Während die Anwendung des Edicts über Handlungen in fraudem creditorum, im Allgemeinen, selbst bei

---

1) Fr. 35. §. 3. Dig. h. t.

2) Dirksen, über die Schulen der röm. Juristen, Cap. II. §. 2. XV. In: Beiträge zur Kunde des röm. Rechts. Leipzig 1825. S. 110. 111. Ueber das Wesen des Streites selbst hat übrigens Dirksen die Ansicht, welche ich im Texte bestritten habe.

Schenkungen [1]), den Beweis des Dolus des Schuldners voraussetzt, leugnet Julianus, in seinen Digesten, dies Erforderniß im Falle einer mortis causa Donatio. Denn, da die im Testamente eines insolventen Schuldners angeordneten Legate unwirksam wären, so müsse man auch dessen mortis causa Donationes ohne jenen Beweis für rescissibel achten, „quia legatorum instar obtinent [2]).“

2. Die Oratio des divus Marcus: „ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta,“ ging an sich nur auf Alimente, welche durch Testament oder Codicill zugewendet waren. Gajus dehnte sie aber auch auf mortis causa geschenkte aus [3]).

3. Die unter 1) bezeichnete Ansicht finden wir bei Ulpianus angewendet auf die Lehre von der Alienatio in fraudem patroni. Ist der Pflichttheil des Patrons durch mortis causa Donatio verletzt worden, so bedarf es keines Beweises des Dolus, „mortis causa enim donationes comparantur legatis [4]).“ Ulpianus stellt ferner die mortis causa Donatio unter die Grundsätze vom Legatum:

4. Bei der Bonorum possessio contra tabulas, indem er dem Bonorum possessor in demselben Maaße Rescission derselben gestattet, in welchem er durch die Agnition dieser Bonorum possessio die Legate umstößt [5]).

---

1) Ausgenommen bei der Schenkung des ganzen Vermögens. Fr. 17. §. 1. Dig. quae in fraud. creditor. XLII, 8.

2) Fr. 17. Dig. h. t.

3) Fr. 8. §. 1. Dig. de transact. II, 15.

4) Fr. 1. §. 1. Dig. si quid in fraud. patron. XXXVIII, 5. In §. 2. wird die Vergleichung noch fortgesetzt.

5) Fr. 3. pr. Fr. 5. §. 7. Dig. de legat. praest. XXXVII, 5. Ulpianus sagt freilich in Fr. 3. pr. cit. nur „puto.“ Erst in Fr. 5. §. 7. spricht er ganz entschieden. Seine Ansicht theilt auch Marcianus, Fr. 20. eod.

5. Bei Capitalstrafen, welche die mortis causa Donatio, wie das Legatum, vernichten [1].

6. Bei der Cautio des Usufructuars. Das Edict sprach nur von „ususfructus legatus," wurde aber auf Fideicommisse und die mortis causa Donatio ausgedehnt, „exemplo legatorum [2]."

7. Rücksichtlich des Edicts über die Unwirksamkeit der Conditio jurisjurandi bei Erbeseinsetzungen und Legaten [3].

8. Paulus, ad l. Juliam et Papiam, gedenkt eines Senatusconsults, welches die Bestimmungen der Lex über die Capacität der Legate auf die mortis causa Donatio ausdehnte, und diese darin den Legaten gleichsetzte. Die Art, wie sich Paulus hierbei ausdrückt, ist für die Art, wie man sich diese Gleichstellung zu denken hat, sehr characteristisch [4]. Ulpianus, ad l. Juliam et Papiam, bestätigt die Angabe des Paulus durch die Aufstellung des allgemeinen Grundsatzes:

„donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum [5]."

welcher sich jedoch, wie die Inscription anzeigt, und später weiter nachgewiesen werden soll, gewiß ebenfalls nur auf

1) Fr. 7. Dig. h. t. Fr. 32. §. 7. §. 8. Dig. de don. inter V. et U. XXIV, 1.

2) Fr. 1. §. 2. Dig. usufr. quemadmod. cav. VII, 9.

3) Fr. 8. §. 3. Dig. de condit. instit. XXVIII, 7.

4) Fr. 35. pr. Dig. h. t. „Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatusconsulto multae, variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus."

5) Fr. 37. pr. Dig. h. t.

die Capacität der Lex Julia bezog. Endlich bewährt Marcellus [1]), in den Noten zu Julian's Digesten, noch eine Anwendung dieser Gleichstellung auf das Testamentum militis, und Paulus schreibt diese, in seinen Noten zu demselben Werke Julian's, einer Constitutio principis zu [2]).

9. Die sicherste Kunde haben wir von der Anwendung der Lex Falcidia auf die mortis causa Donatio. In einem Rescripte des Kaisers Gordianus [3]) wird diese ausdrücklich einer Constitution des Kaisers Septimius Severus zugeschrieben. Die Richtigkeit dieser Nachricht bestätigt sich dadurch, daß der Praefectus prätorio des Kaisers Papinianus in einem Falle, wo er die vorliegende Schenkung nicht als eine mortis causa Donatio anerkennen wollte, aber Anwendung der Lex Falcidia auf sie verlangt wurde, respondirte: „hier bleibe es beim alten Rechte, jus antiquum, denn die Constitution des Kaisers habe die Falcidia nur auf wirkliche mortis causa Donationes ausgedehnt [4]).“ Vielleicht hatte Papinianus selbst die Constitution veranlaßt, denn fast alle

---

1) Fr. 15. Dig. h. t. „Quum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filiifamilias milites liberam facultatem, credi potest, ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent.“

2) Fr. 15. cit. „*Paulus* notat: Hoc et *constitutum* est, ut ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.“ Diese Stelle ist auch deshalb merkwürdig, weil sie die Annahme, daß Paulus Noten zu Julian's Digesten geschrieben, unterstützt. In so fern ist sie ein Nachtrag zu Zimmern's Gesch. des röm. Privatrechts. §. 91. Not. 32.

3) c. 2. Cod. h. t.

4) Fr. 42. §. 1. Dig. h. t. Das „constitutum“ in Fr. 15. eod. kann gewiß nicht, wie Cramer, Dispunct. jur. civ. p. 84. not. yy. annimmt, auf diese Constitution bezogen werden.

Digestenstellen, welche dieser Erweiterung gedenken [1]), sind von ihm.

Dies sind die sämmtlichen Vergleichungspunkte, welche ich bei den classischen Juristen habe entdecken können. Mehrere andere Verhältnisse werden ohne Grund hierher gezogen:

1. Die Zulässigkeit der mortis causa Donatio unter Ehegatten. Auch dieser Grundsatz wurde, wie die allmählige Erweiterung der Ansichten über den Gegenstand bei Fulcinius, Neratius, Julianus und Ulpianus beweisen, erst nach und nach, und wahrscheinlich erst durch die letzteren, allgemein [2]). Er steht aber in keiner Beziehung mit unserer Lehre, wie denn auch die Quellen keine Andeutung für das Gegentheil darbieten.

2. Die Widerruflichkeit der Schenkung, insbesondere beim früheren Tode des Beschenkten.

3. Die Substitution bei der mortis causa Donatio. Denn wie weit dies, was hier Substitution genannt wird [3]), von der bei Legaten entfernt ist, bedarf keiner näheren Nachweisung.

4. Der Grundsatz, daß auch dem mortis causa Beschenkten Fideicommisse auferlegt werden können [4]). Denn dieser beruht lediglich darauf, daß ein solches Fideicommiß nichts ist, als ein Widerruf der Schenkung und Anweisung des Beschenkten, an wen er das Geschenk zurückgeben soll. Denn es ist allgemeines Princip, daß jede widerrufliche

1) Fr. 77. §. 1. Dig. de leg. II. Fr. 15. pr. Dig. ad l. Falcid. XXXV, 2. Fr. 42. §. 1. cit. — Fr. 27. Dig. h. t. ist von Marcianus.

2) Fr. 43. Dig. h. t. Fr. 9. §. 2. Fr. 11. Dig. de don. inter V. et U. XXIV, 1.

3) Fr. 10. Dig. h. t.

4) Fr. 11. in f. Dig. de dote praeleg. XXXIII, 4. Fr. 77. §. 1. Dig. de leg. II. Fr. 8. §. 2. Dig. de transact. II, 15. c. 1. Cod. h. t. c. un. §. 8. Cod. de caduc. toll. VI, 51.

Freigebigkeit, daher auch eine durch besondere Verabredung widerruflich gemachte Donatio inter vivos zum Gegenstande eines Fideicommisses gemacht werden kann [1]).

5. Der angebliche Grundsatz, daß der mortis causa Beschenkte, das Eigenthum der geschenkten Sache, auch wenn sie ihm bei Lebzeiten des Schenkers nicht tradirt war, ipso jure durch den Tod desselben erwerbe. Dieser Grundsatz ist, wenigstens nach dem Rechte der classischen Juristen, an sich unrichtig. Denn die Stelle [2]), aus welcher man ihn herleitet [3]), kann, möglicher Weise, nur von dem Falle verstanden werden, daß der Schenker bei seinen Lebzeiten nur den Besitz überließ, und sich das Eigenthum bis zum Tode vorbehielt. Hier wird es durch diesen, vermöge der vorangegangenen Uebergabe, ipso jure erworben.

6. Die Zeit der Capacität. Hierüber später das Weitere.

Auf der anderen Seite liegt aber eine Reihe von Verhältnissen vor, in welchen die classischen Juristen die mortis causa Donatio nicht allein entschieden nicht unter die Grundsätze vom Legatum stellen, sondern sogar zum Theil ausdrücklich die Vergleichung beider ablehnen.

1. Haben wir keine Andeutung davon, daß man je daran gedacht hätte, die Form des Legats auf sie anzuwenden. Vielmehr beweisen die Seite 100. Note 4 und 5.

---

1) Fr. 96. §. 4. Dig. de leg. I. Fr. 37. §. 3. Dig. de leg. III.

2) Fr. 2. Dig. de publ. act. VI, 2.

3) *Glossa* ad l. 2. cit. *Bartolus*, Lectur. ad l. 2. cit. *Baldus* eod. *Cujacius*, Obs. X, 28. *Huber*, Prael. ad Inst. de don. §. 3. *Otto*, Com. ad §. 1. Inst. de don. Weber, Not. a. zu Höpfner §. 414. Schweppe, röm. Privatr. §. 948. — Für die hier vertheidigte Auslegung schon: *Hotomann*. Prael. ad Cod. l. ult. h. t. in Opp. T. II. p. 637. *Faber*, de err. prag. Dec. XLIV. err. 9. *Merenda*, Controvers. jur. Lib. XIV. c. 26. *Vinnius*, ad §. 1. Inst. de don.

angeführten Stellen das Gegentheil. Eben so wenig dachte man

2. daran, die Grundsätze vom Erwerbe des Eigenthums der per vindicationem legirten Sache hier eintreten zu lassen, oder

3. die Lehre von der Testamenti factio. Diese stand mit der mortis causa Donatio als Schenkung in keiner Beziehung. Die Stellen, auf welche man sich gewöhnlich beruft [1]), sprechen nur vom „capere." Andere Stellen [2]), welche sich wirklich des Ausdrucks Testamentifactio bedienen, sagen nur, in Bezug auf gewisse Beschränkungen des Testirens, in Fällen, wo diese cessiren, hier sei auch mortis causa Donatio zulässig; denn, wer hier Testamentifactio habe, könne um so mehr mortis causa schenken. Daraus läßt sich aber nicht schließen, weder, daß nur, wer Testamentifactio habe, mortis causa schenken, noch, daß nur einem solchen mortis causa geschenkt werden könne. Eben so wenig kann dies, wie ich glaube, aus Fr. 1. §. 1. Dig. de tutel. et rat. distrah. XXVII, 3. geschlossen werden. Nachdem Ulpianus im Principium des Fragments den Grundsatz vorangestellt hat, daß der Tutor mit dem Tutelä judicium, wegen aller dem Pupillen durch Dolus, Culpa und Verstöße gegen die Diligentia quam suis zugefügten Nachtheile, belangt werden könne, fährt er fort:

„Unde quaeritur apud *Julianum*, libro vicesimo primo Digestorum: si tutor pupillo auctoritatem *ad mortis causa donationem* accommodaverit, an tutelae judicio teneatur? Et ait: teneri eum. Nam sicuti *testamentifactio*, inquit, pupillis con-

1) Fr. 9. Fr. 15. Fr. 35. pr. Dig. h. t.

2) Fr. 32. §. 8. Dig de don. inter V. et U. XXIV, 1. Fr. 7. §. 6. Dig. de don. XXXIX, 5.

cessa non est, ita nec *mortis causa donationes* permittendae sunt."

Die Stelle hat allerdings, auf den ersten Anblick, mehr Schwierigkeit, wie die beiden vorigen. Aber auch diese beseitigt sich durch folgende Betrachtung. Der Tutor kann, wie §. 2. eod. bemerkt wird, im Allgemeinen, wegen jeder Donatio des Pupillen, zu welcher er seine Auctoritas giebt, mit dem Tutelä judicium belangt werden. Daher auch wegen einer mortis causa Donatio. Wenn daher Julian bei dieser ausserdem den bemerkten Grund hinzufügt, so soll dadurch, weder a) der Satz an sich bewiesen werden, denn der beruht auf einer ganz anderen Grundlage, dem Grundsatze, daß Schenkungen ein „perdere bona" sind, wozu der Tutor nicht berechtigt ist; noch b) die Regel ausgesprochen werden, daß die mortis causa Donatio überhaupt Testamentifactio voraussetze. Vielmehr spricht Julian nur für den Fall des Pupillen ein Gleichniß aus, das keine weitere Consequenz zuläßt. Denn an sich ist nicht einzusehen, warum nicht einem Peregrinen, durch Formen des Jus gentium, wie Traditio oder eine Stipulatio Juris gentium, mortis causa sollte geschenkt, oder eine solche Schenkung von ihm bestellt werden können, da er in gleicher Weise zur Donatio inter vivos vollkommen fähig war. Freilich, civile Schenkungsformen waren hier durch den Mangel des Commerciums ausgeschlossen, und in so fern hätte man sagen können, wer keine Testamentifactio hat, ist auch unfähig zur mortis causa Donatio. Denn Testamentifactio ist nichts als Commercium [1]). Aus dem Angegebenen folgt, daß es

---

1) Wie unrömisch es ist, wenn die Neueren unter ihre Testamentifactio activa und passiva jede Fähigkeit und Unfähigkeit rücksichtlich des Erbrechts ziehen, mag ich kaum berühren.

auch in dieser Beziehung keine Eigenthümlichkeit ist, daß ein Filiusfamilias, obgleich ohne Testamentifactio, aus seinem Peculium, jussu Patris, so gut mortis causa, als non mortis causa schenken kann. Fr. 2. pr., Fr. 7. pr. Dig. de don. Fr. 25. §. 1. Dig. h. t. Daß übrigens jenes Peculium das s. g. profectitium sei, ist keine neue Entdeckung unserer Zeit, sondern schon mit denselben Gründen von Faber, de err. prag. Dec. XLIII, err. 6. n. 15. 16. und Voorda, Interpret. et emend. Lib. III. c. 19. p. 323. 324., bewiesen worden. — Capacität wurde dagegen

4. bei der mortis causa Donatio nur im Augenblicke des Todes des Schenkers, nicht zur Zeit ihrer Errichtung, erfordert, so daß auch in dieser Beziehung die Grundsätze vom Legatum hier nicht zur Anwendung kamen.

In mortis causa donationibus, non tempus *donationis*, sed *mortis* intuendum est, an quis capere possit [1].

Herr Dr. Müller hat das Verdienst, den wichtigen Unterschied zwischen Testamentifactio und Capacität, in neuerer Zeit, so viel mir bekannt ist, zuerst öffentlich zur Sprache gebracht zu haben. Unseren Compendien ist dergleichen leider zu hoch. Aber darin kann ich Herrn Dr. Müller nicht beistimmen, daß er behauptet: Capacität werde auch bei letzten Willen nur im Augenblicke des Todes erfordert, diese Zeitbestimmung sei daher bei der mortis causa Donatio nichts Eigenthümliches, sondern ebenfalls nur von den Legaten auf sie übertragen [2]. Wenigstens halte ich dies vor der Hand für sehr bedenklich, und bescheide mich, meine Gründe hier aus-

1) Fr. 22. Dig. h. t.

2) a. a. O. §. 31. Ihm beigetreten ist Zimmern a. a. O. S. 239.

gesprochen zu haben. Allerdings reden die Stellen, welche für das Erforderniß der Erbfähigkeit zur Zeit der Errichtung des letzten Willens angeführt zu werden pflegen [1]), nur von Testamentifactio. Aber der Grundsatz: Quae ab initio inutilis est institutio ex post convalescere non potest [2]), und die Catoniana regula [3]) auf sie zu beschränken, ist mir sehr zweifelhaft. Dagegen erklärt es Modestinus [4]) für eine „benevolentia," den Erben oder Legatar auf den Fall zu ernennen, daß er zu der Zeit, wo die Erbschaft oder das Legat zu erwerben sei, also des Todes, „capere potuerit," was keinen Sinn hätte, wenn die Capacität schon an sich erst im Augenblicke des Todes erfordert würde. Die von Herrn Dr. Müller zum Beweise seiner Ansicht angeführte Stelle [5]), halte ich nicht für überzeugend. Sie sagt nur, der Substitut brauche die Capacität erst in dem Augenblicke zu haben, wo der Institutus stirbt. Dies beweist vielmehr, daß Capacität im

---

1) §. 4. Inst. de hered. qualit. II, 19. Fr. 49. §. 1. Dig. de hered. inst. XXVIII, 5.

2) Fr. 210. Dig. de R. J.

3) Auch glaube ich nicht, daß Ulpians Bemerkung, „Regula Catoniana ad novas leges non pertinet," Fr. ult. Dig. de reg. cat. XXXIV, 7., den Sinn habe, daß die Capacität der novae Leges nur im Augenblicke des Todes erfordert werde. Sie bezieht sich vielmehr wohl darauf, daß, nach der Lex Julia et Papia, Dies legati nicht in jenem Augenblicke, sondern erst in dem der Testamentseröffnung cedirten.

4) Fr. 62. pr. Dig. de hered. inst. XXVIII, 5. „In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: Lucius Titius, quum capere potuerit, heres esto. Idem et in legato."

5) Fr. 11. Dig. de vulg. et pup. subst. XXVIII, 6. *Paulus*: „Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, quum filius decessit."

Augenblicke des Todes des Erblassers nicht genügt. Dazu kömmt endlich, daß die ganze Fassung des Fr. 22. cit. deutlich zeigt, daß es auf eine Eigenthümlichkeit der mortis causa Donatio aufmerksam machen will, und daß sich diese einfach dadurch erklärt, daß diese Schenkung erst durch den Tod des Schenkers perfect wird.

5. Rücksichtlich des Grundsatzes, daß der Verlust der Querela inofficiosi dem Kläger den Verlust alles dessen zuzieht, was ihm der Erblasser in seinem letzten Willen zuwendete, sagt Paulus ausdrücklich: „Qui *mortis causa donationem* accepit a testatore, *non est similis in hac causa legatario* [1].“ Auf ähnliche Weise drückt sich

6. Marcianus bei der Bemerkung aus, daß der Sohn gegen die mortis causa Donationes seines intestatus verstorbenen Vaters keine Klage habe, „quoniam comparatio nulla legatorum occurrit [2].“

7. Die mortis causa Donatio jährlicher Renten wird ganz anders behandelt, als Annua legata. Jene ganz im Geiste der Schenkung, diese ganz im Geiste des Vermächtnisses. Dabei die ausdrückliche Bemerkung, daß hier keine Aehnlichkeit angenommen werde [3].

8. Die Widerruflichkeit der mortis causa Donatio kann durch Vertrag beschränkt werden, die des Legats nicht [4].

---

1) Fr. 5. §. 17. Dig. de his, quae ut indignis. XXXIV, 9.

2) Fr. 20. §. 1. Dig. de legat. praest. XXXVII, 5.

3) Fr. 35. §. 7. Dig. h. t. *Paulus:* „Sed qui mortis causa in annos singulos pecuniam stipulatus est, *non est similis ei*, cui in annos singulos legatum est. Nam licet multa essent legata, stipulatio tamen una est, et conditio ejus, cui expromissum est, semel intuenda est.“

4) Fr. 22. Dig. de leg. III.

9. Von einer Anwendung des Interdictum quod legatorum auf die mortis causa Donatio findet sich keine Spur [1]). Eben so wenig

10. davon, daß man sie daran gedacht hätte, die mortis causa Donatio des ganzen Vermögens, oder eines Bruchs desselben, unter die Grundsätze von der Partitio legata oder der Hereditas per fideicommissum relicta zu stellen. Sie begründet daher immer nur Singularsuccession. Dazu

11. die oben bezeichnete Unabhängigkeit der mortis causa Donatio von der Hereditas.

12. Das Ius accrescendi und die Muciana cautio wurden erst durch Iustinian auf sie angewendet [2]).

Durch diese Fälle, in welchen die classischen Juristen die mortis causa Donatio nicht als Legat behandelten, erhalten nun auch die Stellen [3]), in welchen sie anscheinend allgemein dem Legat gleichgesetzt wird, ihre unzweifelhafte Bedeutung. Daß diese keine allgemeine Gleichstellung aussprechen wollen, ist entschieden. Sie können daher, wie schon oben bemerkt wurde, nur auf die Capacität der Lex Iulia et Papia bezogen werden. Deshalb ist auch

---

1) Müller a. a. O. §. 42. Für die Zeit der classischen Juristen leidet die hier von Herrn Dr. Müller ausgesprochene Ansicht wohl keinen Zweifel, und dies will auch wohl Zimmern a. a. O. S. 239. 240. nicht bestreiten.

2) c. un. §. 14. Cod. de caduc. toll. VI, 51. Nov. 22. c. 44. §. 9.

3) Fr. 15. Dig. h. t. „*Paulus* notat: Hoc et constitutum est, et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.“ Fr. 37. pr. Dig. eod. *Ulp.* Lib. XV. ad L. Juliam et Papiam: „Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcunque igitur in legatis juris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum.“

kein Grund vorhanden, hier an Embleme Tribonian's zu denken.

Uebersehen wir nun aber noch einmal die oben bezeichneten wirklichen Vergleichungspunkte zwischen mortis causa Donatio und Legat, so fällt in die Augen, daß sie sich nur auf Verhältnisse beziehen, in welchen durch mortis causa Donationes leicht in fraudem der von Legaten geltenden Grundsätze gehandelt werden konnte, während man im Uebrigen nicht an Vergleichung dachte. Verbinden wir hiermit die obige Bemerkung, daß die Natur der mortis causa Donatio an sich keine dringende Veranlassung zu einer Vergleichung mit dem Legat giebt, so berechtigen diese Umstände zu der Vermuthung, daß nicht die theoretische Speculation einiger Prudentes, sondern die Benutzung der mortis causa Donatio zur Umgehung jener Grundsätze, mithin die Verhältnisse und Bedürfnisse des wirklichen Lebens, die Veranlassung der Vergleichung wurden, daß ferner der Anfang derselben in positiven Bestimmungen zu suchen ist, und die Theorie sich ihrer erst in folge dieser annahm. Hierfür spricht denn auch das ganz gleiche Schicksal der Fideicommisse. Obgleich näher mit dem Legat verwandt, als die mortis causa Donatio, würden sie blos durch die Theorie schwerlich je unter die von diesem geltenden Grundsätze gezogen worden sein und haben gezogen werden können, da das Leben selbst dieser Vergleichung widerstrebte [1]). Da aber ihre Freiheit, zumal, nachdem August sie mit einer extraordinaria Cognitio verbunden hatte, die sämmtlichen, zum Theil mühsam gewonnenen, Beschränkungen der Legate verletzte, so vereinigten sich Senatusconsulte und Constitutiones principum, sie nach und nach denselben Beschränkungen zu unterwerfen, und auch die Theorie blieb nun hinter diesen

1) *Gaj.* II, 285.

nicht zurück[1]. Merkwürdiger Weise fällt auch die Vergleichung der mortis causa Donatio mit dem Legat in dieselbe Zeit, in welcher die Fideicommisse diesem gleichgestellt wurden, und nicht selten werden mortis causa Donatio und Fideicommiß neben einander mit dem Legat verglichen[2]. War nun die allgemeine Richtung jener Zeit, die Rechtsgeschäfte, welche die Beschränkungen der Legate gefährdeten, diesen in den gefährlichsten Beziehungen gleichzustellen, so mußte man nothwendig so gut auf die mortis causa Donatio, wie auf die Fideicommisse stoßen, und es ist gewiß nicht Zufall, daß Justinian, wie er die Gleichstellung der Legate und Fideicommisse vollendete, sich auch ausdrücklich für die Vergleichung der mortis causa Donatio mit ihnen erklärte.

Nach dieser Einleitung darf ich meine Ansicht über den allmähligen Gang der letzteren folgen lassen. Ich glaube nämlich, einmal, daß der Anfang derselben in dem Senatusconsult über die Capacität gesucht werden muß; zweitens, daß die Theilnahme der Theorie an ihr mit Julianus begann, oder wenigstens durch ihn zuerst lebhaft angeregt wurde.

Für den ersten Theil meiner Ansicht mache ich darauf aufmerksam: 1) daß, so viel wir wissen, die Capacität der Lex Julia et Papia, nebst der Lex Falcidia, auch die erste Veranlassung zu der Gleichstellung der Legate und Fideicommisse, in dem Senatusconsultum Pegasianum, unter Vespasianus, gab[3]; daß 2) der Staat gerade bei dieser am mehrsten interessirt war; daß

1) Z. B. *Gaj.* II, 288. *Ulp.* Fr. XXV, 13.

2) Fr. 1. §. 2. Dig. usufruct. quemadmod. cav. VII, 9. Fr. 5. §. 7. Dig. de leg. praestand. XXXVII, 5. Fr. 8. §. 2. §. 3. Dig. de cond. instit. XXVIII, 7.

3) *Gaj.* II, 286. — *Ulp.* Fr. XVII, 3.

3) die Allgemeinheit der Verfassung des Senatusconsults [1]) fast nothwendig zu analoger Anwendung führen mußte; daß 4) Paulus seine Hauptentwickelung der ganzen Lehre an jenes Senatusconsult und die Lex Julia knüpft [2]); daß auch Ulpianus und Marcellus diesem Beispiele gefolgt zu sein scheinen [3]), und sich der allgemeinste Ausspruch über die Gleichstellung [4]), wiederum auf das Senatusconsult bezieht; 5) daß Paulus ausdrücklich sagt: „*Ex hoc Senatusconsulto multae variaeque quaestiones agitantur* [5])," was, da die Bestimmung über die Capacität an sich keine Schwierigkeit darbot, nicht anders verstanden werden kann, als daß dies Senatusconsult den ganzen Streit über die Behandlung der mortis causa Donationen veranlaßte.

In dem angezeigten Zusammenhange könnte nun auch der Gedanke nahe liegen, daß das von Paulus angeführte Senatusconsult, das Pegasianum selbst gewesen, und auf diese Weise derselbe Grundsatz gleichzeitig für mortis causa Donationes und Fideicommisse eingeführt worden sei. Ich weiß aber hierfür keinen entscheidenden Grund anzugeben. Wollte man sagen: die erste Spur theoretischer Erweiterung der Gleichstellung finde sich bei Julianus, unter Hadrian, mithin sei anzunehmen, daß das Senatusconsult älter sei — so wäre dadurch keine wesentliche Annäherung der Wahrheit gewonnen. Im Ge-

1) S. 114. Not. 4.

2) Fr. 35. Dig. h. t. Alle andere aus Paulus entlehnte Stellen des Digestentitels de m. c. d. scheinen, in Vergleichung mit Fr. 35. cit., nur beiläufige Bemerkungen zu sein. Sie sind, bis auf Fr. ult. Dig. h. t., sämmtlich aus den Libris ad Sabinum und ad Plautium.

3) Fr. 36. 37. 38. Dig. h. t.

4) Fr. 37. pr. cit.

5) Fr. 35. pr. Dig. h. t.

gentheil möchte eingewendet werden, daß es auffallend wäre, wenn das Senatusconsult die mortis causa Donatio in einer Beziehung, rücksichtlich der Capacität, gleich, in einer anderen, rücksichtlich der Falcidia, ungleich behandelt hätte. Vielmehr finde ich es am wahrscheinlichsten, das Senatusconsult in die Zeit Hadrian's zu setzen. Dafür scheint Julian's Stellung zu der wissenschaftlichen Auffassung der Vergleichung zu entscheiden, und allenfalls noch der Umstand zu sprechen, daß gerade Hadrian's Regierung auch für die Gleichstellung der Fideicommisse mit den Legaten sehr thätig war [1].

Den zweiten Theil meiner Ansicht gründe ich darauf, daß sich 1) der erste Fall theoretischer Gleichstellung der mortis causa Donatio mit dem Legat, nämlich der, welcher oben zuerst genannt wurde, in Julian's Digesten findet; daß sich 2) dieser dabei noch sehr unsicher ausdrückt [2]; 3) daß Julianus auch in anderen Beziehungen als wissenschaftlicher Erweiterer der Lehre von der mortis causa Donatio ausdrücklich genannt wird [3]; 4) daß fast Alles, was die späteren Bearbeiter derselben über sie sagen, aus ihm entlehnt ist. Schon Gajus, der älteste unter ihnen, schöpfte aus ihm [4]. Diesem Beispiele folgten, in noch größerem Umfange, Paulus [5] und Ulpia-

---

1) *Gaj.* II, 285. 287.

2) Fr. 17. Dig. h. t. „Et si debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet. Nam, quum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuerit, omnimodo inutilia sint, *possunt videri etiam donationes mortis causa factas rescindi debere,* quia legatorum instar obtinent."

3) Fr. 31. §. 1. Dig. h. t. Nov. 87. praef.

4) Fr. 31. §. 1, 3. Dig. h. t.

5) Fr. 35. Dig. h. t. vergl. mit Fr. 1. Dig. de don. Fr. 2. Dig. h. t.

nus [1]). Marcellus trug, wie Paulus, seine Darstellung zum Theil in den Noten zu Julian vor [2]). Auch Marcianus hat ihn benutzt [3]). Da nun Julian's Digesten selbst für Justinian's Werk stark excerpirt worden sind [4]), so gehört fast die ganze, in dem Digestentitel de mortis causa donationibus gegebene Darstellung ihm. Dabei übersieht jedoch Niemand die spätere, erst nach Julianus gebildete, wissenschaftliche und positive Erweiterung der Vergleichung. Erst bei Paulus und Ulpianus hat sie die Vollendung erlangt, welche ihr überhaupt die classische Zeit gegeben hat. Diese reden denn auch mit völliger Bestimmtheit über sie [5]), während Julianus nicht verbirgt, daß ihm die Sache neu ist [6]).

---

1) Fr. 2. Fr. 27. §. 1. Dig. h. t. Fr. 8. §. 2. Dig. de transact. II, 15.

2) Fr. 13. §. 1. Fr. 15. Dig. h. t.

3) Fr. 27. Dig. h. t.

4) Fr. 13 — 22. Dig. h. t.

5) Fr. 15. Fr. 37. pr. Dig. h. t. Wie wenig man übrigens geneigt war, die Erweiterung der Vergleichung zu fördern, beweist die zweifelhafte Weise, in welcher sich Ulpianus wieder in Fr. 3. pr. Dig. de leg. praest. XXXVII, 5. ausdrückt, und daß Marcianus, S. 122. Not. 2., keinen Schritt weiter zu thun wagt, weil er für den aufgeworfenen Fall nirgends eine Vergleichung vorfand, „quoniam comparatio nulla legatorum occurrit.“ Auch dies scheint die Ansicht, daß derselben etwas Positives zum Grunde lag, zu unterstützen.

6) Ich muß hier indessen darauf aufmerksam machen, daß die mortis causa Donatio vielleicht schon zur Zeit der Republik in einem Falle dem Legat gleichgesetzt wurde, nämlich rücksichtlich der Verpflichtung zur Fortsetzung der Sacra privata. Die neue Theorie über diese, welche Cicero von seinem Lehrer Scävola lernte, war, daß die Verpflichtung, in der zweiten Classe, den treffe: „qui *morte* testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes.“ *Cic.* de LL. II, 19. Turnebus und Savigny, Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. 2. S. 366., haben hier

Zum Schlusse dieser Untersuchung erlaube ich mir jetzt noch zwei Bemerkungen.

Ich glaube nämlich, erstens, durch das Bisherige, den von Justinian berichteten Streit der Prudentes noch genauer characterisiren zu können. War die Vergleichung der mortis causa Donatio mit dem Legat, wie oben wenigstens in so hohem Grade wahrscheinlich gemacht worden ist, an sich positiven Ursprungs, so kann der Streit sich nur auf die wissenschaftliche Fortbildung derselben bezogen haben, indem Einige, im Geiste der Wissenschaft, behaupteten, die mortis causa Donatio sei mit dem Legat unvergleichbar, deshalb bei den positiven Fällen der Gleichstellung stehen blieben und auch vielleicht gegen diese eiferten; Andere, im Geiste der Gesetzgebung, die Vergleichung theoretisch weiter zu führen bemüht waren, und zu dem Ende

das „*morte*" im Gegensatz von „*testamento*," wodurch das Legat bezeichnet werde, von der mortis causa Donatio verstanden. Wäre diese Auslegung keinem Zweifel unterworfen, so würde sich dadurch schon an diesem ältesten Vergleichungspunkte das bestätigen, was ich über die Veranlassung der späteren gesagt habe. In der alten Theorie war nämlich von „*morte*" nicht die Rede, sondern es hieß blos: „aut si major pars pecuniae *legata* esset," *Cic.* de LL. II, 20. Mithin fühlte man später das Bedürfniß, um Benachtheiligungen der Sacra zu vermeiden, die mortis causa Donatio als Legat zu behandeln. Mir ist es indessen nicht ganz entschieden, daß durch jenen Ausdruck die mortis causa Donatio bezeichnet werde. Er könnte, wie es in der alten Theorie war, blos auf das Legat gehen, oder auf die mortis causa Capio, im Gegensatze der Donatio. Gesetzt aber auch, daß die letztere schon damals in diesem Falle dem Legat gleichgestellt worden wäre, so würde diese Vergleichung doch mit der späteren, zur Zeit der classischen Juristen, auf keinen Fall in Verbindung gesetzt, sondern nur als eine ganz isolirte Erscheinung des Jus sacrum betrachtet werden können. Von privatrechtlicher Vergleichung kenne ich vor Hadrian keine Spur.

einen wissenschaftlichen Vergleichungspunkt zwischen beiden Verhältnissen aufsuchten. Dieser konnte dann nicht füglich ein anderer sein, als die Widerruflichkeit [1]), mußte aber, nach dem, was ich oben auszuführen versuchte, eben so sehr die Mißbilligung der Gegner finden. Denn eine unwissenschaftlichere Vergleichung ließ sich nicht denken. Wenn sich nun dessenungeachtet Justinian später für die Gleichstellung erklärte, so konnte sich dies nur auf die vorhandenen wissenschaftlichen Punkte derselben beziehen; denn die positiven bedurften keiner besonderen Anerkennung. Hierdurch ist zugleich erklärt, weshalb Er in seinem Berichte, die Gleichstellung blos von der wissenschaftlichen Seite, als Streit der Prudentes auffaßt.

Zweitens bemerke ich, daß nun wenigstens ein Wahrscheinlichkeitsgrund für die Ansicht vorliegt, daß der Streit zu den Controversen der Sabinianer und Proculianer gehört habe. Denn daß Julianus zu den ersteren gehörte, ist bekannt [2]). Dabei verkenne ich aber nicht, wie viel Zweifel sich dessenungeachtet gegen jene Annahme erheben lassen [3]).

Ich ziehe nun kurz zusammen, was für die ältere Zeit, bis Constantin, nach der bisherigen Entwickelung, über die mortis causa Donatio anzunehmen ist: ihre Form bestand in unmittelbarer Ueberlassung des geschenkten Gegenstandes, oder Stipulation. Gegenstand derselben war jede rechtliche Vermögensvermehrung. Ihre rechtliche Natur unterschied sich von der jeder anderen Schenkung,

1) Fr. 7. Dig. h. t. *Ulp.*: „Si aliquis mortis causa donaverit, et poena fuerit capitis affectus, removetur donatio *ut imperfecta*."

2) Fr. 2. in f. Dig. de O. J. I, 2. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. Th. 1. S. 292.

3) Dirksen a. a. O. Einleitung. §. 3. 4.

non mortis causa, nur durch die Widerruflichkeit, vorzüglich die beim früheren Tode des Beschenkten. Seit Hadrian waren indessen die Gesetzgebung und ein Theil der Prudentes bemüht, sie, wie die Fideicommisse, unter einige Beschränkungen der Legate zu stellen, ohne daß dadurch ihre ursprüngliche Natur, als Schenkung, an sich verändert wurde.

Bis auf c. ult. Cod. h. t. erlitt dieser Zustand folgende Veränderungen.

Kaiser Constantinus I. führte eine neue Form für alle Schenkungen, sowohl für die mortis causa Donatio, als die inter vivos ein [1]). Die wesentlichen Bestandtheile derselben waren: 1) eine von Zeugen und den Partheien, in Gegenwart derselben unterschriebene Schenkungsurkunde; 2) Uebergabe der geschenkten Sache in Gegenwart von Zeugen; 3) Insinuation der Schenkung ad Acta. Durch bloße Stipulation konnte hiernach nicht mehr mortis causa geschenkt werden. Die Kaiser Theodosius II. und Valentinianus III. erließen die Schenkungsurkunde, in deren Ermangelung jedoch ebenfalls Zeugen zuzuziehen wären [2]), und für die ante nuptias Donatio, so fern sie nicht mehr als zweihundert Solidi betrage, die Insinuation [3]). Dieser letztere Erlaß galt mithin auf keinen Fall der mortis causa Donatio. Kaiser Zeno erließ dagegen allgemein für insinuirte Schenkungen die Zuziehung von

1) Fr. Vat. §. 249. c. 1. Theod. Cod. de don. VIII, 12. c. 25. Cod. Just. de don. VIII, 54. In c. 25. Cod. Just. cit. ist das Erforderniß der Tradition weggelassen.

2) c. 29. c. 31. in f. Cod. eod.

3) c. 3. Theod. Cod. de spons. III, 5.

Zeugen, bei nicht insinuirten schriftlichen derzu Unterschrift[1].

Justinian erließ, gleich im J. 529, die Insinuation, nicht allein bei der ante nuptias Donatio, so fern sie nicht die Summe von dreihundert Solidi übersteige, sondern auch, in demselben Falle, für jede andere Schenkung, communis donatio, mithin auch für die mortis causa[2]. Dann erließ er, im März des J. 530, bei der Donatio inter vivos, die Uebergabe des Geschenks, selbst für den Fall, daß nicht einmal eine Stipulation geschlossen sei, so daß aus dem blossen Pactum auf Uebergabe solle geklagt werden können[3]. Endlich im J. 531, Beschränkung der Insinuation auf Schenkungen über fünfhundert Solidi[4].

Die Donatio inter vivos erfordert hiernach, im neusten römischen Rechte, zu ihrer Perfection nur ein einfaches Pactum, nebst einer Schenkungsurkunde und drei Zeugen, oder blos Zuziehung dreier Zeugen[5], und, wenn sie mehr als fünfhundert Solidi beträgt, Insinuation. Zur Perfection der mortis causa Donatio würde dagegen hiernach erfordert werden: fortwährend Uebergabe des Geschenks, nebst einer Schenkungsurkunde und drei Zeugen, oder blos Zuziehung dreier Zeugen, und in demselben Falle Insinuation.

Gewiß ist indessen:

1. Daß, ungeachtet des bezeichneten Zusammenhanges, das Erforderniß der Uebergabe des Geschenks, im neusten

---

1) c. 31. Cod. eod.

2) c. 34. pr. Cod. eod.

3) c. 35. §. 5. Cod. eod. §. 2. Inst. de don.

4) c. 36. §. 3. Cod. eod.

5) Marezoll, über die zur donatio inter vivos nöthige Form. In v. Grolman's und v. Löhr's Mag. Bd. 4. S. 175—203.

römischen Rechte, auch bei der mortis causa Donatio verschwunden ist. Denn nach Justinian's Digesten kann man wieder, wie vor Constantin, mortis causa schenken, durch Traditio oder Stipulatio, und aus Constantin's Constitution ist in Justinian's Codex das Erforderniß der Uebergabe weggelassen. Soll mithin die mortis causa Donatio ohne Uebergabe geschlossen werden, so erfordert sie, noch im neusten Rechte, Stipulation; bloßes Pactum, wie bei der Donatio inter vivos, genügt nicht. Ausserdem kann man, aus den bereits von Marezoll für die letztere entwickelten Gründen, hier so wenig wie bei dieser, die bezeichnete Solennität der Urkunde und Zeugen als aufgehoben betrachten 1).

2. Daß Justinian, in einer anderen Constitution 2), vom ersten September des J. 530, also zwischen den beiden oben zuletzt angeführten Constitutionen, bei der mortis causa Donatio das Erforderniß der Insinuation 3), für den Fall, daß man statt ihrer, nämlich, wo sie überhaupt erforderlich ist, fünf Zeugen zuzieht, die Schenkung mag in scriptis oder sine scriptis geschehen, ganz aufgehoben hat.

Auf diese Weise befinden wir uns jetzt auf dem Standpunkte der so viel besprochenen und bestrittenen c. ult. Cod. de don. caus. mort.

Imp. Justinianus. A. Juliano. P. P.

„Cum de mortis causa donatione dubitabatur, et alii quidem, inter ultimas voluntates eam posue-

1) Dies bestätigt sich auch dadurch, daß Justinian noch in c. ult. Cod. h. t. den Unterschied der „in scriptis" und der „sine scriptis" gemachten mortis causa Donatio, als bestehend aufführt.

2) c. ult. Cod. h. t.

3) c. ult. §. 3. Cod. de codicill. VI. 36.

runt, et legatis aggregandam esse censuerunt, alii autem inter donationes, quae inter vivos consistunt, eam posuerunt, dubietate eorum explosa sancimus: *omnes mortis causa donationes*, sive juxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, *actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum praesentiam*, et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi, sed ita rem procedat, ut, si *quinque testibus praesentibus*, vel in scriptis vel sine litterarum suppositione, aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et *sine monumentorum accessione* res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat, neque *propter hoc, quod gesta non accesserunt*, inefficax esse atque inutilis videatur, et omnes *effectus* sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte *absimilis* eis intelligatur. *Dat. Kalend. Septembr. Constantinop. Lampadio et Oreste* VV. CC. Cons. 530.

Bleiben wir nun zunächst bei der grammatischen Interpretation der Constitution stehen, so erklärt der Kaiser einfach Folgendes: „man habe über die mortis causa Donatio Zweifel gehegt, indem Einige sie zu den letzten Willen, und zwar den Legaten, Andere sie zu den Donationes inter vivos gezählt. Zur Beendigung dieser Zweifel verordne Er: alle mortis causa Donationes sollten nicht mehr der gerichtlichen Insinuation bedürfen, sondern auch ohne diese unter Zuziehung von fünf Zeugen gültig eingegangen werden können. Eine so eingegangene mortis causa Donatio sollte mithin Niemand, wegen des Mangels der Insinuation, als ungültig anfechten können, derselben viel-

mehr alle Wirkungen der letzten Willen zu Theil und sie in keiner Beziehung als diesen unähnlich betrachtet werden."

Es ist mithin klar, daß sich die ganze Constitution auf den oben untersuchten Streit der Prudentes bezieht, durch diesen veranlaßt wurde, und in Bezug auf ihn zweierlei Entscheidungen enthält:

Erstens: eine, rücksichtlich der Form;

Zweitens: eine andere, rücksichtlich der Wirkung und sonstigen materiellen Natur der mortis causa Donatio.

In der ersten Beziehung entscheidet die Constitution allein die Frage: ob die mortis causa Donatio der gerichtlichen Insinuation bedürfe? Sie verneint sie durch die Bestimmung, daß dieselbe durch die Zuziehung von fünf Zeugen ersetzt werden könne. Wo mithin bisher Insinuation nothwendig war, also bei Schenkungen über dreihundert, und jetzt, nach der späteren c. 36. Cod. de don., über fünfhundert Solidi, hat der Schenker die Wahl zwischen ihr und der Zuziehung von fünf Zeugen.

Die Richtigkeit dieser Interpretation läßt sich, wie ich glaube, nach allen Seiten beweisen. Nach der Einleitung, welche mit „sancimus" schließt, wird zuerst der Satz positiv ausgesprochen, daß die mortis causa Donatio keiner gerichtlichen Insinuation bedürfen solle: „omnes mortis causa donationes — actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi." Dann folgt die neue Bestimmung: „sed ita res procedat." Diese besteht darin, daß, wenn jemand eine mortis causa Donatio in Gegenwart von fünf Zeugen errichten will, „si quinque testibus praesentibus — aliquis *voluerit* mortis causa donationem facere," das Geschäft

auch ohne gerichtliche Insinuation gültig sein, „et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nullam in ea calumniam accipiat," und wegen des Mangels der gerichtlichen Insinuation nicht für ungültig gehalten werden soll, „neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, inefficax esse atque inutilis videatur." Justinian spricht also in dem ganzen Theile der Constitution, welcher sich auf die Form der Schenkung bezieht, ununterbrochen von dem alten Erfordernisse der Insinuation, welches durch die Zuziehung von fünf Zeugen ersetzt werden soll. Er kömmt in den wenigsten Worten dreimal auf diesen Punkt zurück. Er bestimmt ferner die neue Form nur für den Fall, daß jemand sich ihrer bedienen will, *si voluerit*, läßt also für den entgegengesetzten Fall die Insinuation stehen. Die neue Form bezieht sich mithin lediglich auf den Fall, wo bisher Insinuation nöthig war. Der Kaiser sagt nicht, die mortis causa Donatio solle fortan immer unter Zuziehung von fünf Zeugen eingegangen werden, denn er spricht nicht allgemein von der Form ihrer Eingehung, sondern allein von dem Erfordernisse der Insinuation. Er sagt ferner nicht, die mortis causa Donatio solle fortan in der Form der Legate errichtet werden. Er sagt dies weder für den Fall, wo an sich Insinuation nothwendig sein würde, denn er spricht nur von der Zuziehung von fünf Zeugen, wodurch keineswegs schlechthin die Codicillarform bezeichnet ist, noch für jeden anderen Fall. Denn von anderen Fällen ist überhaupt in der ganzen Constitution mit keiner Sylbe die Rede. Das Gegentheil kann auch nicht hergeleitet werden:

1. Aus ihrer Einleitung. Daraus, daß Justinian als Zweck seiner gegenwärtigen Constitution, die Entscheidung des Streites der Prudentes, ob die mortis causa Donatio als Donatio inter vivos oder Legat

zu behandeln sei, bezeichnet, und daß er dann, unmittelbar daraus, die fünf, zur Errichtung der letzteren erforderlichen Zeugen, für einen Fall, auch auf die Errichtung der mortis causa Donatio anwendet, kann nimmer geschlossen werden, daß er den Streit, auch rücksichtlich der Form derselben, zu einer allgemeinen Gleichstellung mit der des Legats habe entscheiden wollen, oder wirklich entschieden habe. Vielmehr kann man daraus möglicher Weise nur schließen: a) daß die Zahl der fünf, in dem bezeichneten Falle anzuwendenden Zeugen, von der der Codicillarzeugen entlehnt ist; b) daß der Streit, obgleich, wie früher gezeigt ist, zur Zeit der classischen Juristen, durchaus nicht auf die Form bezüglich, zu Justinian's Zeit auch diese Richtung genommen gehabt habe. Wollte man nämlich, wie dies wahrscheinlich in der späteren Zeit geschah, die Vergleichung der mortis causa Donatio mit dem Legat auch auf die Form erstrecken; so konnte freilich, nachdem Theodosius verordnet hatte, daß „in omni ultima voluntate excepto testamento" fünf Zeugen zugezogen werden sollten, leicht die Frage entstehen, ob man nicht durch Anwendung dieser Form der lästigen Insinuation entgehen könne? eine Frage, welche früher bei jeder mortis causa Donatio, zur Zeit unserer Constitution aber nur noch bei einer über dreihundert Solidi, möglich war. Und diese Frage hat Justinian hier bejahend entschieden.

2. Aus ihrem Schlusse[1]. Es ist nämlich sichtbar Justinian's Betrachtung über die Form der mortis causa Donatio, mit den Worten, „atque inutilis

---

1) Ausdrücklich berufen sich auf diesen, unter Anderen: *Cujacius* Recit. solenn. in Cod. ad c. ult. h. t. *Hotomannus* Prael. ad Cod. h. t. In Opp. T. II. p. 634. *Merenda* controversiae. L. XIV. c. 30.

videatur," gänzlich geschlossen. Der weitere Inhalt bezieht sich nur auf ihre Wirkung und übrige materielle Natur. Daß die Worte: „et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates," nur von der Wirkung reden, wird Niemand bestreiten, und daß sich die Worte: „neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur," nur auf die übrige materielle Natur der Schenkung beziehen, kann ebenfalls nicht bezweifelt werden. Nach Beseitigung der in der neueren Zeit vielleicht entstandenen Controverse über die Form, kömmt Justinian erst am Schlusse der Constitution auf den alten Streit der Prudentes über die „effectus," und die übrigen Vergleichungspunkte, similitudines, welche ein Theil derselben zwischen mortis causa Donatio und Legat angenommen hatte. Daß er sich in den bezeichneten Schlußworten auf diese bezieht, beweist der Ausdruck „absimilis," denn darüber, ob die mortis causa Donatio in den streitigen Beziehungen, dem Legat „similis" oder nicht „similis," ob eine „comparatio" zwischen beiden zulässig sei oder nicht, hatte man gestritten [1]). Er entscheidet nur für „similis" und „comparatio." Dies kann mithin nicht auf die Form bezogen werden, denn auf diese hatte sich der Streit über „similis" und „non similis" nicht bezogen. Dazu kommt, daß es ganz undenkbar ist, daß Justinian, nachdem er, unter Anführung der bisherigen Form, welche er für unwesentlich erklärt, für einen Fall eine neue Form eingeführt hat, und dann zu den Wirkungen übergegangen ist, zuletzt wieder, in jenen sechs Worten, auf die Form habe zurückkommen, und ohne der bisherigen Form in Fällen, die keiner Insinuation bedürfen, zu gedenken, noch für diese eine neue Form allgemein habe einführen wollen. Dagegen entsprach es allen

1) Vergl. S. 111. Not. 4.

Regeln der Logik, daß er von der Form auf die Wirkung überging, und an diese die Betrachtung der übrigen materiellen Natur des Geschäfts knüpfte.

3. Aus den Worten: „*Omnes* mortis causa donationes.“ Diese können, in dem bezeichneten Zusammenhange der Constitution, unmöglich so verstanden werden: daß alle mortis causa Donationes die Gegenwart von fünf Zeugen erforderten, sondern nur so: daß bei allen mortis causa Donationes, welche diese bisher erforderten, die Insinuation durch fünf Zeugen solle ersetzt werden können.

Dies über die Form. Zur richtigen Beurtheilung der zweiten, von Justinian in der c. ult. ausgesprochenen Entscheidung, muß man die Einleitung der Constitution mit dem Schlusse in Verbindung setzen. Dort bezeichnet er seinen Gesichtspunkt: die Entscheidung des alten Streites, hier bezieht er sich, sogar in seiner Wortfassung, wie ich so eben gezeigt habe, genau auf diesen. Es wird daher wichtig, diesen eben so scharf in's Auge zu fassen. Derselbe war nun aber nicht, ob die mortis causa Donatio als Legat zu behandeln sei, rücksichtlich aller Wirkungen der Legate, und rücksichtlich der ganzen materiellen Natur derselben, sondern nur: ob dies in gewissen Beziehungen zulässig sei, und man die mortis causa Donatio in so fern dem Legatum vergleichen könne. Das ist oben vollständig dargethan worden. In diesem Zusammenhange können Justinian's Worte: „et omnes *effectus* sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, neque ex quacunque parte *absimilis* eis intelligatur,“ nur so verstanden werden, daß er sich, rücksichtlich der unter den Prudentes streitig gewesenen Beziehungen, für die Vergleichung mit dem Legat erklärt.

Daß Justinian anscheinend allgemeiner redet, daß er sich allgemeiner ausdrückt, verkenne ich nicht.

Ich kann aber darin keinen Grund finden, ihn allgemeiner zu verstehen. Für die von mir angegebene Interpretation spricht nämlich, nicht allein 1) der schon hervorgehobene innere Zusammenhang der Constitution, sondern 2) ganz entscheidend, die Behandlung der Lehre in den Digesten. Die Constitution ist von demselben Jahre, in welchem der Befehl zur Abfassung der letzteren ertheilt wurde. Dessen ungeachtet ist die Vergleichung der mortis causa Donatio mit dem Legat in ihnen um keinen Schritt weiter geführt, als dies bereits zur Zeit der classischen Juristen geschehen war. Ja es sind die bereits oben benutzten, zahlreichen Stellen in sie aufgenommen worden, welche für gewisse Verhältnisse geradezu erklären, daß hier die Vergleichung nicht Statt finde. Dagegen sind keine Stellen aus den Schriften Derer aufgenommen, welche der Vergleichung überhaupt widersprechen. Hieraus geht hervor, daß man bei dieser Anordnung, auf der einen Seite, allerdings die Constitution im Auge hatte, sie aber auf der anderen, nur in dem beschränkten Sinne auffaßte, welchen ich angegeben habe. 3) Daß auch die Digesten nicht minder allgemeine Erklärungen über die Gleichstellung enthalten [1]), als die hier in Frage stehende, ohne daß man zur Zeit der classischen Juristen daran gedacht hätte, sie über ihre bestimmte Beziehung hinaus aufzufassen, oder die Gleichstellung in den Digesten selbst weiter durchzuführen, als bemerkt wurde. 4) Daß Justinian selbst, in seiner authentischen Interpretation des Codex, den Institutionen, zur Vermeidung jeder Mißdeutung, ausdrücklich die Allgemeinheit der von Ihm in der Constitution gebrauchten Worte beschränkt: „a nobis constitutum est, ut per omnia *fere* legatis connumere-

1) Fr. 15. in f. Fr. 37. pr. Dig. h. t.

tur [1]." 5) Daß er die Gleichstellung später noch auf andere Verhältnisse auszudehnen für nöthig fand, bei welchen sie den Digesten noch fremd ist [2]. Ich lege indessen hierauf wenig Gewicht, da die Constitutionen, welche dies enthalten, auch im ganz entgegengesetzten Sinne für bloße Consequenzen der allgemeinen Gleichstellung erklärt werden könnten. Dagegen mache ich 6) noch darauf aufmerksam, daß die obige Auslegung um so weniger bedenklich ist, als sie ganz durch die Grundsätze von der Interpretatio restrictiva gerechtfertigt wird. Aber freilich, obgleich unsere sämmtlichen Compendien ihren Paragraphen für diese haben, hängt man sich doch, wo sie angewendet werden sollten, lieber an den Buchstaben.

Nachdem nun auf diese Weise Justinian's Constitution selbst nach allen Seiten beleuchtet worden ist, bleibt mir noch zu untersuchen übrig, wie sich die von mir versuchte Interpretation, zu den an anderen Orten von ihm, über den Inhalt der Verordnung erstatteten Berichten, verhält. In dieser Beziehung sind nur zwei Stellen zu prüfen:

1. §. 1. Inst. de don.

„Hae mortis causa donationes *ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.* Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque causae quaedam habebat insignia, et alii ad aliud genus eam retrahebant: *a nobis constitutum est,* ut per omnia *fere legatis connumeretur,* et *sic procedat,* quemadmodum nostra constitutio eam *formavit.*"

---

1) §. 1. Inst. de don. Theophilus, h. l., versteht dies freilich ganz anders: „τὸ δὲ σχεδὸν, fere, εἶπον, ἐπειδὴ ἀπὸ ζῶντος εἰς ζῶντα γίνεται."

2) S. 123. Not. 2.

Bei dieser Stelle mache ich zunächst darauf aufmerksam, daß sie die beiden oben ausgezeichneten Theile der Constitution, die Entscheidung über die materielle Natur der Schenkung, und die über deren Form, genau unterscheidet. Jene, in den Worten: „ut per omnia *fere* legatis connumeretur," diese, in dem Schlußsatze: „quemadmodum nostra constitutio eam *formavit*;" nur daß hier die erstere mit Recht sogleich unmittelbar an den Bericht über den Streit der Prudentes geknüpft, und erst zuletzt der neuen Form gedacht wird. Was nun jene betrifft, so wird meine Interpretation durch das hier eingeschaltete, beschränkende „*fere*," so unterstützt, daß der vorstehende allgemeine Ausspruch: „ad exemplum legatorum redactae sunt *per omnia*;" nicht mehr als Zweifelsgrund gegen sie wird gebraucht werden können. Jedenfalls gilt von ihm dasselbe, was bereits über die Allgemeinheit der Constitution selbst, und der ähnlichen Digestenstellen gesagt wurde. Rücksichtlich der Form, beziehen sich dagegen die Institutionen, ohne sie näher zu beschreiben, lediglich auf die Constitution, gestatten daher keine weiteren Schlüsse. Namentlich darf diese Beziehung gewiß nicht, wie Herr Dr. Müller [1]) meint, so ausgelegt werden, als wolle Justinian dadurch andeuten, daß die Constitution eine allgemeine Norm für die Form der Schenkung enthalte, so daß mithin die dort angeführten fünf Zeugen bei jeder mortis causa Donatio erforderlich wären. Diese Auslegung ist, da die Constitution nichts Allgemeines über die Form des Geschäfts enthält, nicht möglich. Wir können daher jene Worte nur auf den speciellen, in ihr bestimmten Fall beziehen.

2. Nov. 87. Praef. [2])

„Nam cum scirent, nos, cognita veterum legislatorum dubitatione de mortis causa donatione,

---

1) a. a. O. §. 27.

2) Nach Homberg k.

utrum illa donatio an legatum esset, aliis eam donationi, aliis legatis adnumerantibus, plurium et optimorum legislatorum sententiam eligentes, declarasse eam *omnino legatum esse, nec confectione monumentorum indigere*, sed *licentiam habere facere ipsam* 1) caet."

Auch diese Stelle berührt beide Seiten der Constitution, und zwar in derselben Ordnung, wie die Institutionen. In der ersten Beziehung drückt sie sich wieder ganz allgemein aus, ohne zu einer neuen Bemerkung Veranlassung zu geben, so daß ihre Erklärung unter derselben Beschränkung steht, wie die früheren. In der zweiten bestätigt sie ganz meine Auslegung der Constitution. Auch nach ihr bestimmte diese rücksichtlich der Form nur, daß die gerichtliche Insinuation nicht wesentlich, „nec confectione monumentorum indigere," sondern dem Schenker auch gestattet sei, sie für sich zu errichten.

Ziehe ich nun kurz zusammen, was Justinian, meiner Ansicht nach, in der c. ult. für die mortis causa Donatio bestimmt hat, so ist es Folgendes:

Die mortis causa Donatio bedarf da, wo andere Schenkungen insinuirt werden müssen, der gerichtlichen Insinuation nicht, wenn der Schenker, statt derselben, fünf Zeugen zugezogen hat. Er hat daher, in einem solchen Falle, zwischen diesen beiden Formen die Wahl. Materiell ist dagegen die mortis causa Donatio, in allen den Beziehungen, in welchen bereits die Prudentes über diese Vergleichung gestritten haben, als Legat zu behandeln.

1) Die Schlußworte nach der Vulgata.

Hieraus folgt

1. Für die Form der mortis causa Donatio, daß diese im neusten römischen Rechte, außer daß sie im Allgemeinen keine weitere Förmlichkeit, als Traditio oder Stipulatio, diese jedoch, wenn man einer oben von mir ausgesprochenen Ansicht beitritt, in Gegenwart von drei Zeugen, oder außerdem noch mit einer Schenkungsurkunde, je nachdem „sine litterarum suppositione," oder „in scriptis" geschenkt wird. Beträgt aber die Schenkung über fünfhundert Solidi, so muß sie noch gerichtlich insinuirt werden, wenn der Schenker es nicht vorzieht, sie vor fünf Zeugen zu errichten. Die mortis causa Donatio wird mithin im neusten römischen Rechte so wenig, als zur Zeit der classischen Juristen, rücksichtlich ihrer Form, als letzter Wille behandelt, sondern wie damals, je nachdem sie durch Traditio oder Stipulatio eingegangen wird, als Eigenthumserwerbung oder Obligatio. Selbst, wenn sie die Summe von fünfhundert Solidi übersteigt, leidet dies keine Ausnahme. Denn, entweder wird sie dann insinuirt, hier versteht sich das Gesagte von selbst; oder sie wird vor fünf Zeugen eingegangen, und hat auch dann nur die Zeugenzahl mit dem Legat gemein, aber keinesweges die anderen Formen desselben.

2. Für die materielle Natur der mortis causa Donatio, daß sie, rücksichtlich dieser, noch im neusten römischen Rechte so wenig, als zur Zeit der classischen Juristen, allgemein als Legat behandelt wird, sondern nur in den bestimmten, schon damals angenommenen Beziehungen, und den wenigen, noch von Justinian ausdrücklich hinzugefügten, wie rücksichtlich des Jus accrescendi und der Muciana cautio. Die Regel ist mithin: Die mortis causa Donatio steht, rücksichtlich ihrer materiellen Natur, überall unter den Grundsätzen von den von mortis

causa Donatio, wo nicht nachgewiesen werden kann, daß sie ausdrücklich unter die vom Legat gezogen sei.

Das Ergebniß des Ganzen ist:

Die mortis causa Donatio ist noch im neusten römischen Rechte eine wahre Donatio, und wird formell und materiell so behandelt, ausgenommen in den bestimmten Beziehungen, in welchen sie unter die Grundsätze vom Legat gestellt worden ist. Diese sind aber nicht von der Beschaffenheit, daß dadurch ihr Grundcharacter als Schenkung angetastet, oder sie zu einem Mitteldinge, zwischen Donatio und Legat, gemacht worden wäre.

Durch das, was so für die Form der mortis causa Donatio feststeht, beseitigen sich nun sogleich zwei Controversen der Neueren:

1. Der Streit über das Erforderniß der Acceptation. Da die mortis causa Donatio noch im neusten römischen Rechte, formell ganz als Donatio, nicht als letzter Wille, behandelt wird, so versteht sich, daß nach ihm, wie nach classischem Digestenrechte, im Allgemeinen, eine mortis causa Donatio ohne Acceptation ganz undenkbar, und eine nicht acceptirte mortis causa Donatio, keine mortis causa Donatio ist. Annahme der Sache, oder des Versprechens (in dem Sinne, in welchem, von der letzteren, bei einer Stipulation überhaupt die Rede sein kann), nachdem sie durch Traditio oder Obligatio eingegangen wird, ist durchaus unerläßlich. Nur wo durch Expromissio, also mittelst Aufhebung der Obligatio des Beschenkten, mortis causa geschenkt wird, ist nicht von Acceptation die Rede. Bei der Delegatio fehlt es dagegen an ihr nicht.

Auch ist es eine ganz unrichtige Behauptung [1]), daß die mortis causa Donatio, in Ermangelung der Acceptation, als Fideicommiß bestehe. Dies ist, nach der hier vertheidigten Ansicht, unmöglich, da, nach ihr, die mortis causa Donatio in keinem Falle der Form entspricht, welche zur Errichtung eines gültigen Fideicommisses erforderlich ist. Die Behauptung ist aber auch schon an sich sehr merkwürdig, da sie aus Digestenstellen [2]) abgeleitet wird, mithin aus einer Zeit, wo die Fideicommisse noch formlos waren, mithin die, durch die neuere Codicillarform eingetretenen Erfordernisse ihrer Errichtung noch gar nicht existirten. In der That sagt auch keine jener Stellen dergleichen. Fr. 38. Dig. h. t. spricht von der mortis causa Capio. Fr. 75. pr. Dig. de legat. II., spricht nicht von einer mortis causa Donatio, welche wegen mangelnder Acceptation, als Fideicommiß aufrecht erhalten wird, sondern von einem reinen Fideicommisse. Der Ausdruck „donare" bezeichnet dort nichts Anderes, und kann, da er den Willen des Erblassers genugsam beurkundete, und man sogar durch einen bloßen Wink fideicommittiren konnte [3]), keinen Zweifel erregen. Von mortis causa Donatio ist jedenfalls mit keiner Sylbe die Rede. Aehnlich verhält es sich mit Fr. 77. §. 26. eod. Hier liegt keineswegs blos eine nicht acceptirte Schenkung vor, sondern neben ihr in den Litteris ad aedituum eine Erklärung, welche, nach dem Rechte der damaligen Zeit, nur als ein Fideicommiß verstanden werden konnte, und denn auch von Papinianus so verstanden wurde [4]).

1) Z. B. Thibaut's Syst. §. 908. v. Wening, Lehrbuch des gem. Civilr. B. 5. §. 54.

2) Fr. 38. Dig. h. t. Fr. 75. pr. Fr. 77. §. 26. Dig. de legat. II.

3) Ulp. XV, 3.

4) Daß übrigens auch Fideicommiß und mortis causa Donatio ganz widersprechende Begriffe waren, da jenes,

2. Der Streit über die Form des Widerrufs der mortis causa Donatio. Da diese weder ein letzter Wille ist, noch die Form eines letzten Willens, und nur in einem Falle Zuziehung von fünf Zeugen erfordert, noch der Widerruf selbst als ein letzter Wille angesehen werden kann, so fallen dadurch alle Gründe zusammen, welche man für die Behauptung aufgestellt hat, daß die mortis causa Donatio nur in Gegenwart von fünf Zeugen widerrufen werden könne. Daß selbst in jenem einen Falle, wo zu ihrer Eingehung fünf Zeugen nöthig sind, diese mit ihrer Aufhebung in keiner Beziehung stehen, versteht sich.

Ferner ergiebt sich aus dem, was über die materielle Natur der mortis causa Donatio nach neustem Rechte bemerkt worden ist, daß in den oben bezeichneten Fällen, in welchen den Digesten die Vergleichung mit dem Legat fremd ist, diese auch nach c. ult. Cod. h. t. nicht angenommen werden kann. Insbesondere kann man daher nicht zugeben: 1) daß, wenigstens nach ihr, das Eigenthum des Geschenks, ohne vorangegangene Uebergabe, durch den Tod des Schenkers auf den Beschenkten übergehe [1]; 2) daß, wie Cujacius behauptet hat [2], auch hier das Interdictum

---

auf irgend eine Weise, eine Auflage an den Erben u. s. w., voraussetzte, welche bei dieser, als solcher, nicht Statt fand, bedarf kaum der Erwähnung. Natürlich stimme ich auch Herrn Dr. Müller, a. a. O. §. 40., bei, daß die mortis causa Donatio nicht in einem Testamente errichtet werden kann, und, §. 41., die Grundsätze vom Oralfideicommiß keine Anwendung auf sie leiden.

1) So z. B. Hofacker, Pr. jur. civ. rom. germ. T. II. §. 1011. durch Verbindung von c. ult. h. t. mit c. 1. Cod. comm. de legat.

2) Obs. X, 28. Mit ihm stimmt, wegen c. ult. Cod. h. t. überein: Zimmern, Tübinger krit. Zeitschr. a. a. O. S. 239. 240.

quod legatorum anwendbar sei [1]; 3) daß durch eine mortis causa Donatio je eine per universitatem Successio begründet werden könne [2]; 4) daß dem mortis causa Donatar die gesetzliche Hypothek der Legatare [3], und 5) deren Rechtsmittel gebührten. Gegen das Letztere schon Voorda, Interpret. III, 19.

Nach diesen einfachen Consequenzen der oben versuchten Resultate, bleibt mir nur noch wenig Raum für die Vergleichung derselben mit den Ansichten Anderer. In dieser Beziehung bemerke ich:

1. Daß schon Bartolus [4], Salycetus, Castrensis, Barbosa, A. Faber [5], Balduinus [6], Schifordegher [7], anscheinend Giphanius [8], Haubold [9] und Seuffert [10] die in c. ult. Cod. h. t. erwähnten fünf Zeugen, wie auch ich gethan habe, nur auf den Fall beziehen, daß der Schenker die Schenkung, wo dies nöthig wäre, nicht insinuiren will. Daß dagegen

2. Die communis Doctorum Sententia die c. ult. seit sehr früher Zeit so ausgelegt hat, daß jede

---

1) Die richtige Ansicht schon in der Glosse ad c. ult. Cod. h. t. und bei: *Faber* de err. prag. Dec. XLIV. Err. 6. Müller a. a. O. §. 42.

2) Mit Unrecht behauptet dies, Zimmern a. a. O. S. 240., gegen Müller a. a. O. §. 43. 44.

3) Gewöhnlich wird auch dies behauptet: Meißner, vom stillschweigenden Pfandrecht. Th. 2. §. 180. v. Wening a. a. O. B. 3. §. 144. Dagegen aber schon: *Faber* a. a. O. Dec. XLVIII, Err. 9. u. Andere.

4) Lectura sup. secund. part. Cod. ad c. ult. Cod. h. t.

5) Err. pragm. Dec. XLIV. Err. 1. Bei ihm die Nachweisungen über die drei vorher genannten.

6) Justinianus Lib. II. ed. *Gundling*. p. 108.

7) Ad *Fabr.* lib. III. Fr. XXIV. Qu. 8. 9.

8) Lect. Altorph. p. 311. 312.

9) Opuscul. a. a. O. p. 463. 464.

10) Lehrbuch des pract. Pandectenr. §. 647.

mortis causa Donatio die Gegenwart von fünf Zeugen erfordere, und Justinian sie durch diese Bestimmung auch formell dem Legat allgemein gleichgestellt habe. Diese Ansicht findet sich schon in den Scholien der Basiliken [1]) und der Glosse [2]), dann bei Odofredus [3]), Baldus [4]) und den mehrsten Späteren [5]). Dessen ungeachtet halte ich sie, nach dem oben entwickelten Inhalte der Constitution, für unmöglich, wie denn auch

3. ihre, eben so verbreitete, Consequenz, daß Justinian in c. ult. die gewöhnliche Insinuation der mortis causa Donatio ganz aufgehoben habe. Diese wird daher gewöhnlich unter den Ausnahmsfällen aufgeführt, in welchen eine Schenkung über fünfhundert Solidi keiner Insinuation bedarf. Wie gezeigt ist, besteht vielmehr die Insinuation der mortis causa Donatio an sich noch im neusten römischen Rechte. Sie kann aber durch die Gegenwart von fünf Zeugen ersetzt werden.

---

1) Basil. ed. *Fabrot.* T. VI. p. 262. 263. Auch die Basiliken selbst, T. VI. p. 244., geben die c. ult. schon im Sinne der gewöhnlichen Ansicht.

2) ad c. ult. ad §. 1. Inst. h. t.

3) Lectura sup. Cod. ad c. ult. Cod. h. t.

4) Lect. sup. Cod. eod.

5) Um nur aus den verschiedenen Zeiten einige zu nennen, führe ich an: *Cujacius* Recit. solenn. in Cod. eod. in Opp. ed. Fabrot. T. V. p. 1410. *Duarenus* in Cod. eod. *Hotomannus* Prael. in Cod. eod. *Merenda* Controv. XIV, 30. Retes de don. XVII. §. 19. in Meerm. Thes. T. VI. p. 639. *Hilliger* Donell. enucl. Lib. XIV. c. 33. *Bachov* ad §. 1. Inst. cit. *Vinnius*. *Huber* eod. *Westenberg* pr. jur. h. t. §. 10. *Voetius* ad Dig. h. t. §. 4. *Pufendorf* Obs. T. IV. Obs. 260. *Bauer* Opuscul. T. I. p. 289. Höpfner Comm. §. 414. *Hoffacker* Pr. jur. T. II. §. 1010. Hufeland Lehrb. des gem. Civilr. Th. 2. §. 1180. Thibaut Syst. §. 908. Schweppe Lehrb. d. röm. Privatr. §. 947. *Warnkoenig* Inst. §. 868. *Mühlenbruch* Doctr. pand. T. III. §. 564. Müller a. a. O. §. 27. 28.

4. Die mehrsten Juristen, welche die unter 2. und 3. bestrittenen Ansichten theilen, bleiben bei dem stehen, wovon die Constitution allein spricht, der Zuziehung von fünf Zeugen. Viele gehen aber noch einen Schritt weiter, und erfordern geradezu Beobachtung der Codicillarform, Einheit der Handlung u. s. w. 1). Diese Ansicht beruht wieder darauf, daß man den Schluß der Constitution, „neque ex quacunque parte *absimilis* eis intelligatur," auch auf die Form bezieht, was, bei näherer Untersuchung ihres Zusammenhanges und Geistes, ebenfalls unmöglich ist. Ist aber dies Argument beseitigt, so versteht sich, daß von dem Erfordernisse der fünf Zeugen kein Schluß auf Codicillarform gemacht werden kann.

5. Die von mir ausgesprochene Ansicht, daß auch die materielle Gleichstellung der mortis causa Donatio mit dem Legat, selbst durch c. ult. Cod. h. t. nicht allgemein geworden sei, habe ich zwar nirgends so durchgeführt und auf ein festes Princip gestellt gefunden, wie dies oben geschehen ist. Darin stimmen aber, seit den Scholiasten der Basiliken 2) und der Glosse 3) fast Alle, welche über die mortis causa Donatio geschrieben haben, überein, daß die in den Digesten vorliegenden Verschieden-

1) Lauterbach de don. mort. caus. §. 11. in Diss. acad. T. II. Nr. 74. v. Wening Lehrbuch des gem. Civilr. B. V. §. 449. Dagegen schon: Thibaut Syst. §. 908. und der von ihm angeführte Stryk. Vorzüglich Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 23. Not. 74. Für ganz ungegründet halte ich auch die Ansicht vieler Juristen, z. B. Thibaut Syst. §. 908., daß Personen, welche einen privilegirten Codicill errichten können, deshalb vor weniger als fünf Zeugen, mortis causa schenken könnten.

2) Basil. ed. Fabrotus. T. VI. p. 251. 257.

3) ad c. ult. Cod. h. t. v. *Effectus.* „Subaudi *fore*, quod est in Inst., nam differt in quibusdam."

heiten zwischen ihr und dem Legatum, durch c. ult. nicht aufgehoben seien. Daher finden sich die sämmtlichen, oben bezeichneten Verschiedenheiten, schon bei allen Aelteren, welche ausführlicher über die Lehre handeln, von der Glosse an [1]), zusammengestellt. Rücksichtlich der in den Digesten nicht ausdrücklich berührten Verschiedenheiten, sind aber die Mehrsten, jedoch in sehr ungleicher Durchführung, für allgemeine Gleichstellung. Der Grundgedanke der gewöhnlichen Lehre der Neueren ist mithin: allgemeine Gleichheit rücksichtlich der Wirkungen, ausgenommen in den, in den Digesten ausdrücklich verschieden behandelten Beziehungen. Ich halte aber auch diese Bestimmung, bei der früher gegebenen Interpretation der c. ult., nicht für richtig; denn die in ihr verfügte Gleichstellung kann nur auf die Streitpunkte der Prudentes, nicht auf die übrigen Wirkungen des Legats, bezogen werden.

6. Daß auch Herr von Bülow [2]) die c. ult. mißverstanden hat, halte ich für gewiß. Zwar hat er, sehr richtig, bemerkt, daß sie die fünf Zeugen nur als Stellvertreter der gerichtlichen Insinuation anführt. Aber darin scheint er mir gänzlich zu irren, daß er glaubt, die Constitution hätte verordnet: „die mortis causa Donatio sollte als letzter Wille behandelt werden, wenn sie in Form eines solchen, d. h. vor fünf Zeugen, errichtet sei,“ und hiernach, mortis causa Donatio als Vertrag mit gerichtlicher Insinuation, wenn sie mehr als fünfhundert Solidi beträgt, und mortis causa Donatio als letzten Willen, ohne solche unterscheidet. Dadurch, daß fünf Zeugen bei ihr zugezogen werden, erhält die mortis causa

---

1) ad §. 1. Inst. de don.

2) Seite 97. Note 2. Ihm folgt v. Wening Lehrb. B. V. §. 54.

Donatio so wenig die Form eines letzten Willens, als sie dadurch zu einem solchen wird [1].

1) Vor dem Abgange dieser Bemerkungen kömmt noch die treffliche Abhandlung Hasse's über denselben Gegenstand, im Rhein. Mus. Zweiter Jahrg. Heft 3. S. 300 — 366., in meine Hände. Daß wir in einigen Punkten übereinstimmen, ist gewiß. Dessen ungeachtet, glaube ich, werden beide Abhandlungen neben einander bestehen können. Um aber den Schein von mir abzuwenden, als wolle ich einem so trefflich begonnenen Unternehmen in den Weg treten, darf ich bemerken: daß mir mein College Zimmern bezeugen kann, daß ich die Absicht zur Mittheilung dieser Bemerkungen schon lange vor dem Erscheinen der ersten Hälfte von Hasse's Abhandlung, im vorigen Hefte des Rh. Ms., hegte, und die Redaction dieser Zeitschrift, daß ich Ihr dieselben noch vor dem Erscheinen des obigen dritten Heftes angekündigt habe.

V.

Beiträge zur Lehre über die Verjährung des Prozesses und der Litispendenz.

Von Linde.

Einleitung.

Durch die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens wegen eines streitigen Rechtsanspruches kann nicht blos die s. g. Klagenverjährung unterbrochen, sondern auch eine neue Verjährung der Klage und des Rechtsanspruches selbst, so wie des eingeleiteten Prozesses herbeigeführt werden. Vorzüglich ist die Verjährung der Klage oder des Rechtsanspruches (der Obligation) von der Verjährung des Prozesses oder der Instanz, und von der Verjährung der Litispendenz zu unterscheiden. Eine Verwechselung dieser Institute hat nicht blos irrige Erklärungen mancher, besonders römischer, Gesetze herbeigeführt; sondern auch Veranlassung zur Aufstellung falscher Grundsätze gegeben, woran Theorie und Praxis sehr reich ist. Geht man davon aus, daß die Ansicht derjenigen richtiger ist, welche behaupten: daß durch die Extinctivverjährung nicht blos die Klage, sondern das ganze Recht des Klägers per exceptionem untergeht, so ist Verjährung der Klagen und Verjährung des Rechts identisch, und man sollte diese Verjährung deshalb die Rechts-

verjährung nennen, weil dadurch die Sache bestimmter bezeichnet würde. Aber freilich wird ein solcher Sprachgebrauch sich nicht durchführen lassen, so lange die Wirkung dieser Verjährung bestritten ist.

Verschieden von dieser Klagen- oder Rechtsverjährung ist eine andere, deren Wirkung nicht zunächst und nothwendig in dem Untergange des Rechts, sondern nur in der Aufhebung des eingeleiteten Prozesses, dem Untergange des judicii oder der Instanz, so wie die s. g. Verjährung der Litispendenz, deren Wirkung sowohl im Untergange der Instanz als des Rechtes selbst besteht. Wir wollen versuchen, über die Bedeutung dieser letzteren Verjährungsarten einige Beiträge zu liefern. Dadurch wird es möglich, den Inhalt der Quellen klar aufzufassen, und verschiedenartige Institute scharf zu unterscheiden, und die Grundsätze des einen nicht irrig auf das andere überzutragen.

§. 2.

Von der Prozeßverjährung 1).

So wie für die prätorischen Temporalklagen schon ursprünglich das dare actionem an eine bestimmte Zeit gebunden war, eben so lag es in der Organisation der rechtsprechenden Magistratur, daß bei den Judiciis imperio continentibus die Wirksamkeit der Formula und des dadurch angeordneten Judicii nur so lange, als die Machtvollkommenheit des anordnenden Magistratus, dauerte, daher solche Judicia, wenn sie gleich beim Antritte der Magistratur angeordnet waren, und keine kürzere Zeit dem Judex zur Beendigung der Sache vorgeschrieben wurde 2), höchstens

1) Keller über Litis Contestation. Zürich 1827. S. 130 — 165.

2) Fr. 2. §. 2. 32. de jud. 5, 1. Fr. 13. §. 1. de jurisd. 2, 1. Fr. 15. de re jud. 42, 1. Ueber den Widerspruch des Fr. 49. §. 1. de jud. 5, 1. mit Fr. 13. §. 1. cit. s. *Bynkershoek* Obs. VIII. 23. und Keller a. a. O. §. 19. S. 162 f.

ein Jahr währten; aber auch ohne alle Bestimmung von Seiten des rechtsprechenden Magistratus nur kürzere Zeit währen konnten, wenn in einem späteren Zeitpunkte der Amtsdauer des Magistratus die Formula ertheilt worden wäre [1]). Diese durch die Amtsdauer der Magistratur im Allgemeinen, oder durch die ausdrückliche Verordnung des Magistratus im besondern Falle speziell bezeichnete, dann aber niemals wirksam über die Amtsdauer hinaus zu bestimmende Dauer des Judicii, war die ursprüngliche Art der Prozeßverjährung. Dieses von der Verjährung der dem Judicium zum Grunde liegenden Klage ganz verschiedene Institut des Unterganges eines Judicii durch Zeitablauf, wird im römischen Rechte auf verschiedene Art bezeichnet [2]).

Bei den legitimis judiciis, deren Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit nicht auf der Machtvollkommenheit des die Formula erlassenden Magistratus beruhte, kam eben deshalb auch ursprünglich keine Zeit, an deren Ablauf die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit des Judicii gebunden gewesen wäre, vor. So wenig hier die Klage einer Verjährung ursprünglich unterworfen war, eben so wenig lag es in der Stellung

---

1) Keller a. a. O. §. 15. 16.

2) *Gai* Com. IV. 104. „judicia *expirant* .... *mori*.“ Fr. 2. de divers. temp. praescript. 44, 3. „tempore quo lis perit“. Fr. 3. §. 1. quae in fraudem credit. 42. 8. „litem mori patiatur.“ Fr. 30. §. 1. ad Leg. Aquil. 9, 2. „litem tempore amisit.... litem amisit.“ — Fr. 8. §. 1. ratam rem haberi. 46, 8. „litem amiserit.“ — Fr. 18. §. 4. de dolo malo. 4, 3. „lis temporibus legitimis transactis pereat.“ Fr. 2. jud. solvi. 46, 7. „lite mortua.“ Const. 13. §. 5. de jud. 3, 1. „mors litis.“ Wahrscheinlich auch „litem perdere.“ Fr. 19. si servitus vind. 8, 5. und „lis perit.“ Fr. 8. pr. de legat. III. Umgekehrt kommt auch lis vivere vor. Const. 21. in f. de fide instrum. 4, 21. Der Ausdruck „expirat judicium“ findet sich aber auch für ein anderes Verhältniß. Fr. 19. Fr. 24. §. 7. sol. matr. 24, 3.

des Magistratus zu solchen Judiciis, diese mit der Amtsdauer jenes in einem die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit bedingenden Verhältnisse zu denken. Schon früh scheint jedoch auch für die legitima Judicia ein Zeitmaas, und zwar ein Jahr und sechs Monate, bestimmt gewesen zu seyn [1]), so daß zwar nicht zuerst durch die Lex Julia judiciaria, jedoch jedenfalls durch diese allgemein vorgeschrieben wurde, jenes Zeitmaas solle den Untergang der legitima Judicia herbeiführen.

Die genaueste Nachricht und Darstellung hiervon schöpfen wir jetzt aus

Gaii Com. IV. 103. 104. 105.

„§. 103. Omnia autem judicia aut legitimo jure consistunt, aut imperio continentur. §. 104. Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma, vel intra primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice accipiuntur: eaque lege *Julia judiciaria*, nisi in *anno et sex mensibus* judicata fuerint, *expirant*. Et hoc est, quod vulgo dicitur, e lege Julia litem anno et sex mensibus mori. §. 105. Imperio vero continentur recuperatoria, et quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrini persona judiciis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos, quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri dicuntur, quia *tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit*, imperium habebit [2]).“

---

1) *Cicero* pro *Quint.* cap. 8. *Ulpiani* Fragm. Tit. 11. 16. §. 1. Heffter Institut. des Civilproz. S. 172. Note 46. *Heffter* Gaii Icti Instit. Com. Berol. 1827. Obs. lib. cap. XX. not. 3 pag. 97.

2) Vergl. *Juvenal.* Sat. XVI. v. 35 seq. *Servius* ad Virgil. Aen. II. 102. Fr. 15. §. 5. ad Setm. Turpill. 48, 16. Keller

Der Grundsatz: „e lege Julia litem anno et sex mensibus mori," wird nun auch in den Pandekten als noch geltendes Recht in mehrfachen Beziehungen angeführt [1]); und jener Zeitraum ist auch oft unter tempus legitimum gemeint [2]). Wie lange diese Einrichtung im Allgemeinen sich erhalten, ist bis jetzt noch unbekannt.

Durch eine Reihe von Verordnungen wurde das tempus legitimum für den ganzen Prozeß, wenigstens in Bezug auf bestimmte Prozeßobjecte, besonders geordnet, und manche dieser Bestimmungen waren zu Justinian's Zeiten noch gültig, und wurden von diesem in einer allgemeinern hierher gehörigen Constitution vom Jahre 530 ausdrücklich [3]) beibehalten. Zu jenen Fällen gehören unter andern folgende. a) Constantin I. verfügt im J. 319, daß der Prozeß über die actio de dolo binnen zwei Jahren beendigt seyn solle; geschieht das nicht, so kann der Prozeß nicht mehr fortgesetzt werden [4]). Die Gleichstellung der actio de dolo

---

a. a. O. S. 138. Ueber den Unterschied der judicia legitima und imperio continentia, s. Keller a. a. O. S. 112 f. *Heffter* Gaii Com. Obs. XX. *Tigerstroem* de judicibus apud Romanos. Berol. 1826. p. 196. 197.

1) Vergl. Gesetze auf S. 154. Note 2. u. S. 155. Note 2. und Fr. 15. §. 5. ad Sctm. Turpill. 48, 16.

2) Fr. 32. de judiciis. 5, 1. Fr. 18. §. 4. de dolo malo. 4, 3. Der Ausdruck bezeichnet bekanntlich überhaupt gesetzliche Zeiträume. Const. 1. de praesc. 30. v. 40. ann. 7, 39.

3) Const. 13. §. 1. de jud. 3, 1. „exceptis tantummodo causis, quae ad jus fiscale pertinent, vel quae ad publicas respiciunt functiones."

4) Const. 1. C. Th. de dolo malo. 2, 15. „perpetuo vero silentio conquiescat, nisi ex die quo impetrata fuerit actio, intra continuum biennium, quod sequitur, omnis lis fuerit decisa. Omnes igitur sciant, neque incipiendae post biennium, neque ante completum biennium coeptae, post biennium finiendae doli actionis concessam licentiam. Vergl. Const. 8. Cod. Just. de dolo malo. 2, 21. v. Löhr Constitut. I. S. 20.

mit den übrigen lites (exemplo caeterarum litium) bezieht sich wohl nicht auf den zweijährigen Zeitraum, sondern auf dessen Anfangstermin. — b) Im darauf folgenden Jahre verordnet derselbe Kaiser, daß die Prozesse, worin der Fiskus als Kläger oder Beklagter auftritt, binnen einem Jahre beendigt seyn sollen, ohne die Folgen, welche das Gegentheil haben solle, auszusprechen [1]). — c) Gratian, Valentinian und Theodosius aber verordnen in den Jahren 383 und 385, daß die Prozesse des Fiskus bei jedem Richter, mit Ausnahme des Comes S. L. und R. P. (exceptis magnificis viris largitionum nostrarum comitibus) unbedingt binnen zwei Monaten, wenn die Prozeß in derselben Provinz, binnen vier Monaten, wenn sie in einer benachbarten, und binnen sechs Monaten, wenn sie in einer provincia transmarina geführt werden, beendigt seyn sollen [2]). Diese Bestimmungen scheinen aber nicht durchaus neu gewesen zu seyn [3]). d) Desgleichen verfügen Valentinian, Valens und Gratian im Jahre 372, daß causae naufragiorum binnen einem Jahre [4]), und Honorius und Theodosius, daß solche Sachen binnen zwei Jahren beendigt seyn sollen [5]). Auch ist in der letzten Verfügung [6])

---

1) Const. 4. C. Th. de jure fisci. 10, 1. v. Löhr a. a. O. S. 26.

2) Const. 41. Cod. Theod. de appellat. et poenis earum et consult. 11, 30. (383.) Const. 13. Cod. Theod. de jure fisci. 10, 1. (385.) Vergl. Const. 11. Cod. Just. de jure Fisci. 10, 1. (aus d. Basilica Lib. LVI.), v. Löhr a. a. O. S. 75. 76.

3) Const. 41. cit. „*ut antiquo jure.*“

4) Const. 1. Cod. Theod. de naufragiis. 13, 9. Const. 2. Cod. Just. eod. 11, 5.

5) Const. 6. Cod. Theod. l. c. Const. 5. Cod. Just. l. c.

6) „Si vero causarum talium cognitores libelli dationes, vel plenaria interpellatione commoniti intra metas temporis constituti, hoc est, intra biennium causis talibus *veteri*

das Präjudiz für den Nichtbefolgunsfall bestimmter, als in der erstern [1]) angegeben.

Die ersten Spuren einer umfassendern Erweiterung der Zeitfristen der Lex Julia judicaria finden wir in einer Verordnung des jüngeren Theodosius, wodurch nicht blos die Praescriptio 30. v. 40. annorum erweitert, sondern auch in Bezug auf die Prozeßverjährung verordnet ist: daß durch die Litis-Contestation die dreißigjährige Verjährung unterbrochen, aber, wenn die Partheien den Prozeß ruhen ließen, wieder eine neue dreißigjährige Verjährung zu laufen anfangen solle [2]). Es heißt darin nämlich:

Imp. *Theodosius* [3]) A. Asclepiodoto P. P.

„Sicut in rem speciales, ita ad universitatem ac personales actiones ultra triginta annorum spatium

---

lege praescriptum, has causas audire neglexerint, et legitimum tempus fuerit elapsum: praejudicium noceat ea tenus cognitoris, ut naviculario propter vitium judicis absoluto mediam oneris ejus partem, propter cujus probandam amissionem legitimo duntaxat tempore cognitio petebatur, judex cogatur inferre. Residuum vero officium ejus exsolvat."

1) „Quodsi per hujusmodi negligentiam praefinitum anni spatium fortasse claudatur, supervacuas serasque actiones emenso anno placuit non admitti." Hierbei ist mehr auf die Klagen- als auf die Prozeß-Verjährung gesehen.

2) Const. un. Cod. Th. de actionibus certo tempore finiendis. 4, 14.

3) Im Cod. Just., woselbst sich diese Constitution zum Theile, und verändert, als Const. 3. de praescr. 30. v. 40. ann. 7, 39. findet, wird sie Honorius und Theodosius zugeschrieben. Allein da sie datirt ist: Dat. XVIII. (Cod. Just. VIII.) Kal. Decemb. Constantinop. Victore (Cod. Just. et Symacho) V. C. Cons., also dem Jahre 424 angehört, so kann sie der Zeit nach nicht von Honorius herrühren. S. noch Cod. Theod. Lib. V. edid. *Wenck*. Lips. 1825. pag. 251. Not. r. pag. 253. Not. m et n.

minime protendantur..... Quae ergo ante non motae sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure coeperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem..... In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam, in judicium actione deducta, habitoque inter partes de negotio principali conflictu, triginta denuo annorum devoluto curriculo, tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur [1]."

Diese Verfügung enthält zwar keine Vorschrift über die rechtlich mögliche Dauer eines Prozesses, sondern blos darüber, wie lange die Unterbrechung des prozessualischen Verfahrens nicht dauern dürfe; aber so viel geht daraus doch hervor, daß zur Zeit des erwähnten Gesetzgebers das legitimum tempus der Lex Julia judiciaria nicht mehr in Uebung, und die Dauer des Prozesses überhaupt an keine Zeit gebunden war. Wir werden übrigens auf die Verjährung, von welcher diese Constitution handelt, im folgenden Paragraphen noch einmal kommen.

Hieran schließt sich ferner noch eine Verfügung Valentinian's III. vom Jahre 452, nach welcher alle Klagen binnen dreißig Jahren nicht blos angestellt, sondern binnen dieser Zeit auch beendigt werden sollen, wovon blos speciell angegebene Ausnahmen [2]) eintreten. Daneben ist jedoch bestimmt, daß, wenn der Prozeß nach edirter Klage und geleisteter Caution nicht binnen vier Monaten entschieden worden wäre, der Beklagte von der Instanz absolvirt und ihm vom Kläger die Kosten ersetzt werden sollen, wofern der

1) Die Bestimmung von in eandem bis comprobantur ist in dem Justinian. Codex nicht aufgenommen.

2) Nov. Valent. 12. „Exceptis Afrorum negotiis — vindicetur."

Richter während dieser Zeit nur andere Prozesse entschieden habe [1]).

Für das neuere römische Recht ist die hierher gehörige Constitution von Justinian aus dem Jahre 530 wichtig [2]). Hiernach wird für alle, nicht speziell ausgenommene, Civilprozesse in erster Instanz, die längste Dauer auf drei Jahre bestimmt. Das Gesetz giebt nicht blos eine Anleitung, wie der Verzögerung des Klägers sowohl als des Beklagten und der Anwälte wirksam entgegengewirkt werden kann, und unterstützt den richterlichen Ernst mit dem gehörigen Nachdruck [3]), und eröffnet dem Richter die Möglichkeit, in jedem Falle, auf das Betreiben eines Theils, den Ausgang der Sache zu bewirken; sondern ist auch strenge gegen das nachlässige Richteramt selbst [4]), und berücksichtigt endlich auch die Fälle, wo eine Parthei durch Nachlässigkeit der Tutoren, Curatoren, Actoren und Procuratoren, wodurch gleichfalls die Entscheidung nicht aufgehalten werden soll, in Schaden gekommen ist [5]), so wie den Fall, wo auf Seite des Richteramts eine unabwendbare Stockung des Geschäftsganges eintritt [6]). Dennoch enthält dieses Gesetz keine durchaus sichere Garantie dafür, daß nun auch kein Prozeß länger als drei Jahre anhängig seyn werde, weil der Fall, wo beide Partheien den Fortgang der Sache nicht betrieben, nicht berücksichtigt war. Die Constitution bezweckte Beendigung eines jeden Civilprozesses durch richterliche Entscheidung, und bedingte diese durch den Betrieb wenigstens einer Parthei, ließ also nicht

1) Nov. Valent. cit. v. Löhr a. a. O. II. S. 48. 62.

2) Const. 13. de jud. 3, 1.

3) Const. 13. §. 1 — 7. de jud.

4) Const. 13. §. 8. cit.

5) Const. 13. §. 9. 10. 11. cit.

6) Const. 13. §. 8. cit.

durch einen dreijährigen Zeitablauf im äußersten Falle, wo Richter und Interessenten die Sache hatten liegen lassen, eine Verjährung des Prozesses in dem Sinne eintreten, wie das im älteren Rechte beim Ablaufe des legitimum tempus der Fall war.

§. 3.

Von der Verjährung der Litispendenz.

Die im vorigen Paragraphen betrachtete Prozeßverjährung besteht darin, daß mit dem Ablaufe einer bestimmten Zeit, das ganze prozessualische Verfahren beendigt seyn muß. Davon verschieden ist eine andere, für den Prozeß eingeführte Verjährung, deren Wesen darin besteht, daß, wenn eine bestimmte Zeit hindurch der Prozeß ruhen blieb, derselbe nun, wider den Willen des einen Theils, vom andern nicht wieder aufgenommen und fortgeführt werden darf. Diese Verjährungsart ist gemeint, wenn man von der Verjährung der Litispendenz spricht. Wenn nun gleich diese Verjährung mehr, als den Untergang der Litispendenz bewirkt, so kann man dennoch die Bezeichnung beibehalten; nur muß man sich durch dieselbe nicht in der Sache irre leiten lassen. Diese Praescriptio litis pendentiae setzt eine eigentliche Prozeßverjährung nicht voraus; beide Institute können aber neben einander bestehen, und haben im römischen Rechte wirklich neben einander bestanden, was sich unten noch näher ergeben wird.

Eine Zeit für die Verjährung der Litispendenz enthält schon die Verordnung des jüngeren Theodosius vom Jahre 424 [1]). Nach dieser sollte ein Prozeß, den die Partheien dreißig Jahre hatten liegen lassen, nicht wieder aufgenommen werden dürfen. Diese Grundsätze waren zu Justinian's Zeiten in Uebung, und dieser nahm das In-

1) Const. un. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. 4, 14.

stitut in seine Gesetzgebung auf, mit der Veränderung, daß er den dreißigjährigen Zeitraum in einen vierzigjährigen erweiterte [1]. Von dieser Verjährung wird im Folgenden gehandelt werden.

Es bedarf übrigens kaum der Bemerkung, daß in jeder Prozeßverjährung auch zum Theile eine praescriptio litis pendentiae enthalten ist; denn wenn die rechtliche Möglichkeit, einen Prozeß fortzuführen, durch einen gewissen Zeitraum bedingt ist, so geht freilich auch die Litispendenz unter, wenn die Partheien nicht dafür sorgen, daß innerhalb der Prozeßverjährungsfrist der Rechtsstreit beendigt werde. Dennoch ist es nicht gleichgültig, ob der Fortgang des prozessualischen Verfahrens durch die Prozeßverjährung, oder durch die Verjährung der Litispendenz untergeht, weil wenigstens im älteren römischen Rechte mit jener nicht so nachtheilige Wirkungen verbunden gewesen zu seyn scheinen, als es im späteren, und insbesondere bei der Verjährung der Litispendenz, der Fall ist.

§. 4.

Auf welche Klagen leidet die Justinianische Prozeßverjährung Anwendung?

Man hat behauptet, daß bei Anwendung der Justinianischen Constitution darauf gesehen werden müsse, ob die dem prozessualischen Verfahren zum Grunde liegende Klage überhaupt einer Verjährung unterworfen sey, oder ob das nicht der Fall wäre. In diesem Falle trete gar keine Prozeßverjährung ein. In jenem aber müsse man wieder unterscheiden: 1) ob von einem Anspruche die Rede sei, der einer dreißigjährigen Verjährung unterliege. Hier werde durch die Erhebung des Rechtsstreites die Verjährung unter-

1) Const. 9. de praescriptione xxx vel xl Annorum. 7, 39. Const. 1. de annali except. 7, 40.

brochen; aber so, daß von dem Augenblicke an, wo die letzte gerichtliche Handlung in demselben Statt gefunden habe, die vierzigjährige Verjährung beginne; 2) oder ob der Anspruch der vierzigjährigen Verjährung unterworfen sey; dann soll ganz Dasselbe, wie bei der dreißigjährigen, gelten, d. h. die Prozeßverjährung nicht etwa erst in fünfzig, sondern auch schon in vierzig Jahren eintreten; 3) oder endlich, ob die longi temporis praescriptio, oder eine von den besonderen Verjährungsfristen, welche schon vor der durchgreifenden Verordnung des jüngeren Theodosius die Klagbarkeit mancher Ansprüche beengten, durch Anstellung einer Klage unterbrochen worden; dann soll die Prozeßverjährung in dreißig Jahren schon eintreten [1]).

Sämmtliche Unterscheidungen scheinen jedoch nicht gerechtfertigt werden zu können. Man ist zu jenen Unterscheidungen durch die Voraussetzung gekommen, daß Justinian nur den Fall, wo die angestellte Klage einer dreißigjährigen Verjährung unterworfen ist, habe entscheiden wollen und wirklich nur entschieden habe; ja, man hat sogar behauptet, die Verordnung beziehe sich nur auf den Fall, wo die praescriptio XXX annorum gegen persönliche Ansprüche gerichtet werden solle [2]). Diese Voraussetzung aber ist ungegründet. Justinian spricht zwar ausdrücklich von Fällen, in welchen dem liegengebliebenen Prozesse, nachdem nach der letzten cognitio in der Sache dreißig Jahre verflossen waren, die dreißigjährige Verjährung excipirt worden, und bemerkt, daß der Excipient mit diesem Einwande mit Recht durchgedrungen sey. Auch bemerkt er, hierin eine Abänderung dahin treffen zu wollen, daß an die Stelle jener

1) *Cujacii* Obs. XVIII. 29. Unterholzner Verjährungslehre. I. S. 445 — 447.

2) Wogegen schon Unterholzner a. a. O. S. 446. N. 433. das Nöthige zu Widerlegung bemerkt hat.

dreißigjährigen Prozeßverjährung eine vierzigjährige gesetzt seyn solle; und hat also ohne Zweifel einen ältern bestehenden Rechtssatz verbessern wollen. Wenn es nun aber überhaupt zweifelhaft ist, auf welche Klagen der Kaiser seine Verordnung bezogen habe, so läßt sich dieser Zweifel am einfachsten lösen, wenn sich das Gesetz, welches der Kaiser verbessern wollte, nachweisen, und aus diesem darthun läßt, daß die dreißigjährige Prozeßverjährung ein Institut war, das für alle Klagen geschaffen wurde.

Das ältere Rechtsinstitut, welches Justinian corrigiren wollte, ist kein anderes, als das durch Theodosius d. J. im Jahre 424 eingeführte; nämlich die Const. un. Cod. Theod. de actionib. certo temp. fin. Diese Constitution selbst kann nur mit Rücksicht auf das ältere Recht richtig verstanden werden. In der älteren Zeit galt der Grundsatz, daß jede actio, sowohl die perpetua als temporalis, durch die Litis-Contestation perpetuirt wurde, d. h. von dem Momente an, wo über den klagbar gemachten Anspruch bis zur Litis-Contestation verhandelt worden war, konnte nicht mehr die actio, sondern nur die Lis durch einen Zeitablauf untergehen. Die Zeit der Prozeßverjährung war zwar anfangs sehr kurz, und wurde auch im Verlaufe der Zeit verschieden nach der Verschiedenheit einiger Klagen modifizirt; das ganze Institut ging aber später zu Grunde, ohne daß der Zeitpunkt und die Art, wie dieses geschehen, anzugeben wäre. Zur Zeit der Regierung Theodosius II. war aber das legitimum tempus der alten Proceßverjährung sicher längst nicht mehr in Uebung. Dieser Kaiser, der bekanntlich die s. g. praescriptio longissimi temporis erweiterte [1]), und die dreißigjährige Klagenverjährung als die Regel aufstellte, verordnete daneben: daß, wenn auch die wirkliche Einführung einer Klage vor Gericht Statt ge-

1) Unterholzner a. a. O. §. 17. 18.

funden habe, daß Klagerecht erloschen seyn solle, wenn der Rechtsstreit dreißig Jahre liegen geblieben wäre [1]). Diese Frist für die Verjährung der Klagenrechte war eigentlich eine Prozeßverjährungsfrist, von deren Eintritte freilich der Untergang des Klagerechts in seinen fernern Wirkungen eine nothwendige Folge war. Diese dreißigjährige Prozeßverjährungsfrist wurde aber, und darauf kommt es uns hauptsächlich an, nicht als ein Institut betrachtet, bei dessen Anwendbarkeit Rücksicht auf die Dauer der zum Grunde liegenden Klage genommen werden sollte; sondern das Institut sollte nach der ganzen Fassung der Constitution, ohne Rücksicht auf die materielle Beschaffenheit der zum Grunde liegenden Klage, in allen Prozessen zur Anwendung kommen. Diese Allgemeingültigkeit war auch sehr begreiflich, weil ja sonst die Prozesse, denen eine actio, die schon vor Theodosius temporaria war, zum Grunde lag, länger hätte dauern können, als solche, denen eine actio, die einstens perpetua und seit Theodosius temporaria geworden, zum Grunde lag. Wie sehr es dem Kaiser aber um Beendigung der Prozesse zu thun war, geht besonders daraus hervor, daß er seine Verfügung auch auf die Vergangenheit bezog, und wie er zu diesem Zwecke einige transitorische Verordnungen traf.

Diese Bestimmung wurde im Jahre 452 durch Valentinian III. noch dahin modifizirt, daß alle Klagen innerhalb dreißig Jahren nicht blos angestellt, sondern auch der Prozeß binnen dieser Zeit beendigt werden solle. Diese Valentinianische Verfügung hat sich aber bis zu Justinian nicht in Uebung erhalten, vielmehr befolgte man zu dessen Zeit die Theodosianische Verordnung, denn Justinian bemerkt selbst in der Const. 9. Cod. 7, 39. *„Saepe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, et*

---

1) Cod. Theod. 4, 14. Const. 3. C. Just. 7, 39.

judiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium, vel suam imbecillitatem, vel alios quoscunque casus, cum sortes humanae multae sint, qui nec dici nec numerari possunt, deinde *jure suo lapsi esse videbantur, eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et hujusmodi exceptione opposita, suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem sine remedio ante lugebant.*"

Hieraus geht hervor, daß man zu Justinian's Zeiten die Grundsätze, welche Theodosius II. über die Prozeßverjährung aufgestellt hatte, befolgte, und daß Justinian dieses, als dem damals gültigen Rechtszustande gemäß findet (merito quidem etc.). In dieser erwähnten Constitution wollte Justinian nun die dreißigjährige Prozeßverjährungsfrist aufheben (Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quae ex *triginta annis* oritur, in hujusmodi casu opponi minime patimur.), und an deren Stelle eine vierzigjährige setzen (Sed licet personalis 1) actio ab initio fuerit instituta, eam tamen in *quadragesimum annum* extendimus). Justinian nahm daher auch die erwähnte Constitution von Theodosius d. J. nur mit Weglassung gerade des Theiles, der sich auf unser Institut bezog, auf 2); denn jener war durch Justinian's neuere Verfügungen entbehrlich geworden.

So viel ergiebt sich nun aus einer bloßen Durchlesung des Gesetzes, daß Justinian mit keiner Silbe bei dieser Prozeßverjährung einer Verschiedenheit der Klagen, die auf deren materielle Beschaffenheit rücksichtlich der Dauer (act.

---

1) Unterholzner a. a. O. S. 446. Note.

2) Vergl. Cod. Theod. 4, 14. mit Const. 3. Cod. Just. 7, 39.

temporales vel perpetuae) gebaut wäre, erwähnt, und auch mit keiner Sylbe verordnet hat, daß das corrigirte Institut nur bei Prozessen zur Anwendung gebracht werden solle, denen eine Klage zum Grunde liege, deren Klagbarkeit an dreißig Jahre gebunden sey. Da aber Justinian ein vorhandenes Institut blos corrigiren, und seine Veränderung blos [1]) auf eine Zeitfrist richten, diese nämlich um zehn Jahre erweitern wollte, so bedarf es wohl nur bemerkt zu werden, daß der Umfang der Anwendbarkeit des Institutes aus seiner ersten Quelle bestimmt werden muß, nämlich aus der Theodosianischen Constitution, und da diese das Institut allgemein für alle Prozesse, welche Klage ihnen auch zum Grunde liegen mag, eingeführt hat, so muß man auch für das Justinianische Recht den Grundsatz aufstellen: daß in allen Civilprozessen der Prozeß erst in vierzig Jahren verjähre, ohne Rücksicht auf die Dauer der, dem Prozesse zum Grunde liegenden, Klage. Die Richtigkeit dieses Grundsatzes ergiebt sich besonders auch noch aus einer späteren Constitution Justinian's v. J. 530 [2]). Nachdem hierin der Kaiser die annalis exceptio italici contractus aufgehoben hat, verordnet er ferner, daß alle übrigen legitimae exceptiones und praescriptiones ihre Wirksamkeit behalten sollten; „sive quae super decennio, vel viginti, vel triginta, vel quadriginta annis introductae sunt, sive quae minoribus spatiis concluduntur." Darauf wird wiederholt eingeschärft: „omnes personales actiones .... triginta annorum spatiis concludi ..... exceptis *omnibus* actionibus, licet personales sint, quae in judicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina, et

1) Daß Justinian auch den Anfangstermin dieser Prozeßverjährung genauer bestimmte, ist für die Frage, welche hier betrachtet wird, völlig gleichgültig. Davon wird übrigens unten das Nähere vorkommen.

2) Const. 1. de annali exceptione italici contractus tollenda, etc. 7, 40.

postea silentio traditae sunt; in quibus non triginta, sed quadraginta annos expectandos esse.“ Bei Erlassung dieser Constitution hatte der Gesetzgeber alle Klagen, so vielfach auch deren Verjährungszeit seyn mogte, im Auge, von allen verordnet er allgemein, daß man die Zeit ihrer Dauer nicht wider das Gesetz ausdehnen; von allen aber verordnet er eben so allgemein, daß die Prozeßverjährungsfrist eine vierzigjährige seyn solle. Daß er nur das schon bestehende Recht wiederholt einschärfen wollte, sagt er ausdrücklich (clarioribus, et compendiosis sanctionibus *renovari*); daß die vierzigjährige Prozeßverjährung aber die unbedingte Regel seyn sollte, liegt wahrlich deutlich genug in den Worten: „exceptis *omnibus* actionibus, quae in judicium deductae sunt.“

Die jenseitige, in die gegebenen Unterscheidungen eingehende Darstellung führt jeden Falls zu willkührlichen Resultaten; denn wenn die positiven Gesetze das Institut der Prozeßverjährung wirklich nur bei den Klagen, die binnen dreißig Jahren verjähren, anerkannt hätten, so dürfte es sich schwerlich rechtfertigen lassen, blos deshalb auch bei andern, in längerer oder kürzerer Zeit verjährenden Klagen, das Institut zur Anwendung zu bringen. Die Verjährung und deren Zeiträume bilden ein so rein positives Institut, daß Wissenschaft und Anwendung wohl darauf sich werden beschränken müssen, das positiv ausdrücklich Ausgesprochene, oder nach strengen Grundsätzen der Interpretation Aufgefundene, als Norm zu befolgen. Betrachtet man die Gründe, worauf die jenseitige Theorie gebaut ist, so fällt deren Unerheblichkeit gleichfalls sehr bald auf. Es wird hinreichen, wenn in dieser Beziehung auf die neueste Darstellung aufmerksam gemacht wird. Diese, von der Voraussetzung ausgehend, daß die Const. 9. cit. nur auf Prozesse, denen eine der dreißigjährigen Klagenverjährung unterworfene Klage zum Grunde liege, Bezug habe, erklärt sich über die Prozeßver-

jährung in andern Fällen nun so [1]: „Man darf annehmen, daß auch bei Ansprüchen, die einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen sind, im Falle der Unterbrechung eine neue vierzigjährige Verjährung anfangen kann, ohne daß eine um zehn Jahre verlängerte Verjährung, also eine fünfzigjährige Verjährung, nothwendig wäre. Am zweifelhaftesten mag es scheinen, wie es rechtlich zu beurtheilen sey, wenn die longi temporis praescriptio oder eine von den besondern Verjährungsfristen, welche schon vor der durchgreifenden Verordnung des jüngeren Theodosius die Klagbarkeit mancher Ansprüche beengten, durch Anstellung einer Klage eine Unterbrechung erfahren hat. Gewiß ist es, daß ursprünglich durch eine solche Unterbrechung die Verjährbarkeit für immer ausgeschlossen wurde. Kann dieses aber auch noch für das neuere römische Recht gelten, welches eine unbeschränkte Dauer der Ansprüche nicht ferner anerkennt? Dieses ist der Natur der Sache keinesweges angemessen. Cujacius (observat. XVIII. 29.) trägt daher kein Bedenken, die dreißigjährige Verjährung zuzulassen u. s. w. Bei dieser Ansicht des Cujacius kann es füglich bewenden: denn wenn auch für eine abweichende Meinung verschiedenes sich anführen ließe, so würde diese doch auf keinen Fall sich zur Gewißheit erheben lassen." — Allein schwerlich kann es bei dieser von Cujacius aufgestellten, und von Unterholzner adoptirten Theorie bewenden; auch dann nicht, wenn sich unsere Ansicht, daß die vierzigjährige Prozeßverjährung ein für alle Prozesse gegebenes Institut sey, nicht zur Gewißheit erheben ließe; denn dann würde man, die Unterholznersche Erklärung der Const. 9. cit. als richtig vorausgesetzt, doch wohl nur annehmen dürfen, daß es in allen, unter die Const. 9. cit. nicht fallenden Prozesse, keine Verjährung der Litispendenz gebe. Die jenseitige Begründungsweise paßt, wenn es sich um ein neu zu erlassen-

1) Unterholzner Verjährungslehre. I. S. 446 — 447.

des Gesetz, nicht aber, wenn es sich um Darstellung des vorhandenen positiven Rechts handelt. Der in der Natur der Sache liegende Grund für die allgemeine Gültigkeit der vierzigjährigen Prozeßverjährung ist von v. Grolman [1]), der übrigens davon ausgeht, daß sie im positiven Rechte begründet sey, sehr bündig ausgesprochen, mit den Worten: Diese Verjährung würde sogar, nicht ohne Grund, da als statthaft betrachtet werden dürfen, wo man es noch für zweifelhaft ansehen mögte, ob eine Verjährung der nicht angestellten Klage mit Grunde würde haben angenommen werden können; denn sie stützt sich in einem höhern Grade, als die Verjährung der Klagen überhaupt, auf die Vermuthung einer gütlichen Beilegung des Streits, oder eines stillschweigenden Verzichtes, welche, wenn man sich einmal zu dem Gebrauche eines Rechtsmittels entschlossen hat, und nun dennoch binnen 40 Jahren gar nichts thut, um den verkündeten Entschluß ins Werk zu setzen, in der That viel wahrscheinlicher erscheinen, als da, wo man vielleicht noch nicht den rechten Zeitpunkt gefunden zu haben glaubt, um sich für den Gebrauch seines Rechts zu bestimmen.

§. 5.

Voraussetzungen der Verjährung der Litispendenz rücksichtlich der Sachlage.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob die praescriptio litispendentiae nur bei unvollendeten, oder auch bei spruchreifen Sachen eintrete? und hat die Const. 9. de praescript. 30. v. 40. ann. deshalb nur auf unvollendete Sachen beziehen zu dürfen geglaubt, weil der Gesetzgeber es wohl nicht als

1) Entwicklung der Gerechtsame des Fürstl. Hauses Löwenstein-Wertheim Rosenberg. Linie in Hinsicht des Rechtsstreites zwischen dieser Linie und der Fürstl. Löwenstein-Wertheim-Freudenbergischen Linie. Die Peräquation der Erbtheilung von 1611 u. s. w. betr. Darmst. 1818. S. 47.

möglich gedacht habe, daß Partheien und Richter eine spruchreife Sache vierzig Jahre lang würden liegen lassen [1]. Dieser Grund dürfte jedoch gar nicht entscheiden, indem Justinian in der erwähnten Constitution selbst anerkennt, daß sich die Gründe, weshalb ein Prozeß nicht betrieben oder nicht entschieden werde, nicht alle bedenken lassen, und die vom Kaiser beispielsweise aufgezählten, so gut bei einer spruchreifen als unvollendeten Sache denken lassen. Mit mehr Schein würde man aus den Worten: „non ad certum finem lites perducebant, sed taciturnitate in medio tempore adhibita, ... litem autem implere per quosdam casus praepeditus est;“ die Ansicht folgern können; allein auch diese Redensarten unterstützen die jenseitige Ansicht nicht hinreichend. Beide, auf unser Institut sich beziehenden Constitutionen Justinian's reden allgemein, und verordnen, daß die Präscription der Litispendenz in jedem Prozesse statt finden könne, und bedingen deren Möglichkeit nur dadurch, daß der Rechtsstreit wirklich begonnen hat. Darauf beziehen sich die Worte: „Saepe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, et judiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant;“ und ferner: „qui et postulationem deposuit, et in judicium venit, et subiit certamina, litem autem implere per quosdam casus praepeditus est“[2]), so wie: „exceptis actionibus, quae in judicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina, et postea silentio traditae sunt [3]).“ Ob hierdurch aber auch ausgedrückt werden soll: daß die vierzigjährige Prozeßverjährung zur Möglichkeit ihres Anfangs jedenfalls voraussetze, daß die Litis-Contestation vorgenommen worden sey? Man könnte dafür allerdings anführen: daß die obigen Redensarten zur

1) W. von der Nahmer Samml. merkw. Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden. B. 2. S. 329. §. 14.

2) Const. 9. Cod. 7, 39.

3) Const. 1. §. 1. Cod. 7, 40.

Bezeichnung derjenigen Prozeßlage, welche der Litis-Contestation zum Grunde liegt, gebraucht werden; so wie, daß Justinian sich mit demselben Institute beschäftigt, wofür schon Theodosius der Jüngere im Jahre 424 eine Constitution erlassen hatte [1]), welche gleichfalls vorauszusetzen scheine, daß lis contestirt sey, und Justinian dieses Institut nur in zwei Beziehungen corrigiren wollte, nämlich theils rücksichtlich der Dauer der Zeit, indem er an die Stelle der dreißig Jahre vierzig setzte; theils rücksichtlich des Anfangstermins für jeden concreten Fall. Ja man kann sogar nicht ohne Schein behaupten, daß die vierzigjährige Präscription der Litispendenz nicht schon mögliche Folge der Litis-Contestation, sondern erst einer noch spätern Prozeßlage seye, weil die Ausdrücke: „judiciariis certaminibus ventilatis, — subiit certamina — cognitionalia acceperunt certamina" — im Gegensatze der Litis-Contestation, dieser nachfolgende Prozeßhandlungen bezeichnen, z. B. in Const. 2. pr. de jurejur. propter calumniam dando. 2, 59., wo es heißt: sancimus: in omnibus litibus, quae fuerint post praesentem legem inchoatae, non aliter neque actorem neque fugientem in primodio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsionem, antequam utriusque partis advocati sacramentum legitimum praestent, etc." und die Worte exercere certamina offenbar Prozeßhandlungen nach der Litis-Contestation bedeuten; denn diese ging dem juramento calumniae vorher [2]), wie in Const. 14. §. 1. de judiciis. 3, 1. ausdrücklich bemerkt wird: „Patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes auxilium ingrediuntur, *cum lis fuerit contestata*, post narrationem propositam et contradictionem objectam etc., so daß also in der Const. 2. cit. durch die Worte lites inchoatae [3]) die Litis-Contestation angedeutet wird. Dennoch wird es richtiger seyn, anzunehmen, daß die Möglichkeit

---

1) Const. 1. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. 4, 14. „In eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae *post litem contestatam*, in judicium actione deducta, etc.

2) Daß die Sache später weniger bestimmt ausgedrückt wird, z. B. in §. 1. J. de poena temere litig. 4, 16. Nov. 124. cap. 1. Nov. 49. cap. 3. kann in der Beziehung, worin ihrer hier Erwähnung geschieht, nicht in Betracht gezogen werden.

3) Der Ausdruck wird auch in andern Stellen für Litis-Contestation gebraucht, z. B. in Fr. 26. de O. et A. 44, 7. Fr. 18. de usuris et fructibus. 22, 1. Fr. 12. ex quib. causis majo-

des Anfangs der Präscription der Litispendenz in dem Momente eintritt, in welchem die Verjährung der Klage eingetreten ist. Die Gründe dafür liegen im Folgenden. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Gründe, welche das Institut der Verjährung überhaupt, und insbesondere das der Klagenverjährung [1]) vermittelten, auch die Veranlassung zu unserm Institute gegeben haben. Das geht schon hinlänglich daraus hervor, daß die letztern Institutionen in denselben Verordnungen behandelt und theilweise eingeführt sind [2]). Der allgemeine, der Verjährung der Klagen zum Grunde liegende Zweck, kann aber nur dann erreicht werden, wenn wenigstens in dem Momente, worin die Klagenverjährung unterbrochen wird, die Verjährung der Litispendenz beginnt, weil, wenn zwischen beiden Momenten noch ein Zeitpunkt in der Mitte läge, es sich ereignen könnte, daß die Klagenverjährung unterbrochen wäre, aber die Verjährung der Litispendenz ihren Anfang nicht nehme, und dadurch die Klage und der Prozeß in eine Lage gerieth, worin, trotz der desidia des Klägers und aller übrigen Gründe, für die rechtlich anerkannte Nothwendigkeit des Verjährungsinstituts, dennoch keine Verjährung eintrete. Da nun aber die Klagenverjährung im neuern Rechte richtiger in der Regel schon durch die Insinuation der Klage [3]), oft sogar früher noch [4]), eintritt, so wird man auch annehmen müssen, daß mit diesem Momente auch die Präscription der Litispendenz möglich sey. Die auf einen späteren Zeitpunkt des Prozesses hindeutenden Ausdrücke der hierher gehörenden Gesetze enthalten, wenn man auf den Geist und die ganze Fassung sieht, wohl mehr eine Angabe der gewöhnlichen Prozeßlage, wenn die Partheien, nachdem die erste Hitze verraucht ist, von der Forsetzung abstehen, als eine eigentliche Bedingung. Das ist um so wahrscheinlicher, da die Gesetzgeber, vorzüglich Justinian, bei dieser Gelegenheit ja auch in die Veranlassungsgründe der Nichtfortsetzung des Prozesses eingehen, ohne auch diese zur

res. 4, 6. Fr. 25. §. 4. quae in fraudem creditorum. 42, 8. Const. 16. de jud. 3, 1. cf. Const. un. ne liceat in una eademque causa tertio prov. 7, 70. Nov. 53. c. 3.

1) v. Löhr im Arch. f. civ. Prax. X. S. 66 f.

2) v. Löhr a. a. O. S. 77. Note 41.

3) Const. 1. Cod. Theod. de act. certo temp. fin. 4, 14. Const. 3. 7. de praescr. 30. v. 40. ann. 7, 39. v. Löhr a. a. O. S. 84. §. 8. Heffter Institut. S. 293.

4) Kori Theorie der Verjährung. §. 154.

Bedingung machen zu wollen [1]). Auch dürfte es unsere Ansicht nicht wenig unterstützen, daß die Praxis der deutschen Gerichte es mit diesem Punkte von jeher so, wie hier vertheidigt ist, gehalten hat, und sehr bedeutende Gründe vorliegen, davon nicht abzugehen. Es ist nämlich schon oben bemerkt, daß in den Justinian'schen Constitutionen über unser Institut nicht ausdrücklich angegeben ist, daß die Verjährung der Litispendenz erst mit der Litis-Contestation möglich seyn solle, indem die Ausdrücke „subiit certamina" und „cognitionalia acceperunt certamina" auch andere Prozeßhandlungen andeuten können, und da wir auch deren eigentliche Bedeutung nicht anzugeben vermögen, auf jeden Fall eine Handlung zur Bedingung eines Instituts gemacht würde, deren Wesen uns unbekannt wäre.

Selbst dann, wenn es gewiß wäre, daß im römischen Rechte die Litis-Contestation die Bedingung der Präscription der Litispendenz sey, die Bedeutung der Litis-Contestation für die Zeit der Formulä und in den spätern Perioden noch nirgends befriedigend gelößt ist, und aus den bis jetzt uns bekannten Rechtsmonumenten der Römer schwerlich je gelößt wird [2]). Die meisten Andeutungen in den Quellen des späteren Rechts sind im höchsten Grade unbestimmt [3]). Nach Const. un. de L. C. 3, 9. „Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. *Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit;*" unterscheidet sich von der bloßen Einreichung des Klaglibells die Litis-Contestation allerdings dadurch, daß diese in einem Vertrage der Partheien über das Streitverhältniß vor Gericht bestand [4]), womit auch Const. 14. §. 1. de jud. 3, 1. „cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam, et contradictionem objectam;" und Const. 2. pr. de jurejur. propt. cal. übereinstimmen [5]). Hiernach müssen wir

1) Kori a. a. O. §. 72. S. 132. N. 362.

2) Ueber die Bedeutung des L. C. für die Zeit von den Formeln s. Keller üb. L. C. u. Urtheil. Zürich 1827. Buch I.

3) Nov. 53 cap. 3. Nov. 82. cap. 10. Nov. 96. cap. 1.

4) Das behauptet auch Keller a. a. O. S. 63. Note 8, wiewohl er S. 19. nicht zugeben will, daß aus der Const. un. de L. C. zu beweisen sey, daß die Litis-Contestation in einer Narratio bestanden habe.

5) Heffter Institut. des Civilproz. S. 294.

wohl annehmen, daß diejenige Handlung, welche im gemeinen deutschen Civilprozesse die Einlassung oder Kriegsbefestigung ausmacht, jedenfalls jenen Moment erreicht habe, der im spätern römischen Prozesse die Litis-Contestation war. Allein wir wissen auch, daß nach andern Fragmenten die Litis-Contestation eine Bilateralhandlung nicht nothwendig war, daß insbesondere die Litis-Contestation keine contradictio objecta von Seiten des Beklagten voraussetzte. So heißt es in Const. 1. quando libellus principi datus, litiscontestationem faciat. 1, 20. (*Arcadius* et *Honorius* an. 529.) „Dubium non est, contestationem litis intelligi, etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae.“ [1]; also nicht blos, es solle eine Wirkung der L. C. in solchem Falle eintreten, sondern unter jener Voraussetzung sehe lis wirklich contestirt [2]. Kann nun aber die Bedeutung der römischen Litis-Contestation überhaupt nicht zuversichtlich ermittelt werden, und läßt sich noch weniger bestimmen, welcher Moment heut zu Tage im Prozesse die römische L. C. vertrete, so muß man sich um so mehr hüten, alle Wirkungen, welche die Römer an die L. C. knüpften, im deutschen Prozesse erst dann eintreten zu lassen, wenn die Einlassung wirklich erfolgt oder fingirt ist. Wenn man erwägt, daß es nach dem deutschen Prozeßorganismus oft länger als ein Menschenleben gedauert hat, bis es dem Kläger gelang, den Beklagten mit Beseitigung aller chikaneusen Einreden zu einer wirklichen Einlassung zu nöthigen, wie leicht es oft mit der heilsamen Eventualmaxime genommen wird, und wie schlimm man den Kläger stellt, wenn man im äußersten Falle den halsstarrigen Beklagten als einen, der lis negative contestirt hat, betrachtet, und daß unsere Praxis nicht einmal an die Verpflichtung des Ungehorsamen zur Kostentragung überall glauben will; so sieht man bald, daß, will man römisches Recht nach seinem Geiste anwenden, und die Verschiedenheit der römischen und heutigen deutschen Verfahrungsweise nicht unbeachtet lassen, manche Wirkungen der römischen L. C. bei uns unter Umständen früher eintreten müssen. Und so wird es sich auch hierdurch rechtfertigen lassen, wenn wir die Unterbrechung der Klagenverjährung schon als Wirkung des ersten Decrets auf die Klage betrachten [3].

(Die Forsetzung folgt im nächsten Hefte.)

---

1) Const. 8. Cod. Theod. de diversis rescript. 1, 2.
2) S. noch andere Bedeutungen bei Keller a. a. O. §. 6. S. 66 — 69
3) Mein Lehrb. des Civilproz. Aufl. 2. §. 200.

Bei Adolph Marcus in Bonn sind erschienen und durch alle gute Buchhandlungen zu beziehen:

Hüllmann, *K. D.*, Städtewesen des Mittelalters. Dritter Theil. Gemeinheitsverfassung. gr. 8. 2 rthlr. 12 gr. — 4 fl. 30 kr.

Der erste Band (Kunstfleiß und Handel) 1825, kostet 1 rthlr. 21 ggr. — 3 fl. 18 kr. — der zweite (Grundverfassung) 1827 2 rthlr. 3 ggr. — 3 fl. 48 kr. — das ganze Werk also 6 rthlr. 12 ggr. — 11 fl. 36 kr. — jedoch soll zur Erleichterung der Anschaffung des Ganzen bis zur Ostermesse 1829 ein ermäßigter Preis von 5 rthlr. — 9 fl. statt finden, welcher nach diesem Termin unwiderruflich erlischt. — Einzelne Theile behalten die vorstehenden Preise.

Linde, Dr. J. T. B., Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Zweite umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage. 2 rthlr. 16 gr. — 4 fl. 48 kr.

Walter, Ferd., Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen. Vierte umgearbeitete Auflage. gr. 8. 3 rthlr. [illegible]

Warnkoenig, *L. A.*, commentarii juris Romani privati, ad exemplum optimorum compendiorum a celeberrimis Germaniae jurisconsultis compositorum adornati, in usum academic. praelect. et studii privati. Tomi II. Pars I. 8. maj. (*in Commission*) 1 rthlr. 6 ggr. — 2 fl. 15 kr.

Im Verlage der Hahn'schen Hofbuchhandlung in Hannover sind eben erschienen:

Pfeiffer's, Dr. B. W. (Oberappellationsrathe in Cassel) practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Mit Erkenntnissen des Oberappellations-Gerichts zu Cassel. Zweiter Band. 4to. 1828. 3 rthlr. 16 ggr. — 6 fl. 36 kr.
(Der erste Band, 1825, kostet 2 rthlr. 12 ggr. — 4 fl. 30 kr.)

Ferner sind nunmehr vollständig im Verlage der Hahn'schen Hofbuchhandlung in Hannover erschienen:

D. G. Strube's rechtliche Bedenken. Systematisch geordnet, ergänzt, berichtigt und mit Anmerkungen begleitet vom Dr. E. Spangenberg, Königl. Hannov. Oberapellationsrathe u. s. w. 3 Bde. Mit Strube's Portrait. 200 1/2 Bogen in groß 4. Preis 11 rthlr. — 19 fl. 48 kr.

Strube gehörte anerkannter Maßen zu den Geschäftsmännern, die eine gründliche wissenschaftliche Bildung, eine Masse des Wissens mit seltenem geschichtlichem Studium und mit einer ausgezeichneten practischen Gewandtheit vereinigten; und so haben seine Bedenken einen sehr bedeutenden Einfluß sowohl auf die Theorie als auf die Praxis gewonnen und werden stets mit Achtung benutzt. Dagegen ließ es sich nicht verkennen, daß dadurch, daß in den früheren Ausgaben die einzelnen Bedenken durch einander ohne alles System vorgetragen sind, ihre Benutzung sehr erschwert war, so wie auf der andern Seite, wiewohl sie die trefflichsten historischen Entwickelungen und gründliche Rechtsausführungen enthalten, daß vieles durch neuere Forschungen als unrichtig nachgewiesen oder wenigstens sehr zweifelhaft geworden ist. Diese Mängel zu beseitigen, war der Zweck dieser neuen Ausgabe, die sich aber vielmehr als eine wahre Umarbeitung verhält.

Sämmtliche Bedenken sind in derselben nach den einzelnen Rechtstheilen methodisch geordnet; jedes einzelne ist nach dem jetzigen Standpuncte der Rechtswissenschaft genau geprüft und theils durch Verweisungen auf die Ausführungen neuerer Rechtsgelehrten, theils durch eigene Anmerkungen des Herrn Herausgebers berichtigt und ergänzt. Eingetragen sind außerdem die bestätigenden oder abändernden Bestimmungen der neuesten Hannoverschen Landesgesetze, so wie die neuern Präjudizien des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, damit sogleich bemerkt werden kann, in wie fern eine zu Strube's Zeiten von den Hannov. Obergerichten angenommene Meinung beibehalten oder nach der Fortbildung des Rechts, durch den Einfluß neuer Forschungen oder Gesetze verworfen worden ist. Außerdem ist die Bearbeitung nicht blos auf Strube gerichtet, sondern auch darauf, daneben ein „möglichst vollständiges Repertorium der gesammten Hannoverschen Rechtspflege“ zu liefern, insofern sie durch Entscheidungen der höhern Landes-Justizcollegien urkundlich nachgewiesen werden kann. Dem System sind daher sämmtliche Erörterungen v. Pufendorff's, v. Bülow's und Hagemann's, v. Ende's, v. Berg's u. s. w., dem Schlußresultate nach, eingeschaltet, so daß der Hannoversche Jurist mit Bequemlichkeit alle auf eine Materie sich beziehenden Präjudizien nachgewiesen vorfindet. Endlich ist dem Werke ein sehr vollständiges Sachregister und daneben ein Register über die jetzige Stellung der einzelnen Bedenken in Vergleichung mit der ehemaligen beigegeben, so daß die in den juristischen Schriften befindlichen Allegate aus den ältern Ausgaben auch sofort in dieser neuern Ausgabe aufgefunden werden können.

Zeitschrift

für

Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. Linde,

Großherzogl. Heß. Geh. Regierungs-Rathe zu Darmstadt,

Dr. Th. G. L. Marezoll,

Großherzogl. Heß. Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und öffentl. ord. Professor des Rechts zu Gießen,

Dr. J. N. von Wening-Ingenheim,

Königl. Baiersch. Hofrathe und öffentl. ordentl. Professor des Rechts zu München.

Zweiten Bandes zweites Heft.

Gießen 1829,

bei B. C. Ferber.

Inhalt.

VI.

Beiträge zur Lehre über die Verjährung des Prozesses und der Litispendenz.

Von Linde.

(Beschluß der, im vorigen Hefte abgebrochenen, Abhandlung Nr. V.)

§. 6.

Fortsetzung (*).

Die Wichtigkeit der Behauptung, welche die Möglichkeit des Eintritts der Klagenverjährung und praescriptio litis pendentiae nicht an die Litiscontestation, in der heutigen Bedeutung, knüpft, für das Leben, ergiebt sich besonders noch daraus: daß nach der jenseitigen Ansicht sehr leicht über eine Klage vierzig Jahre oder noch länger Prozeß geführt werden, und dieser darauf hundert Jahre und noch länger liegen bleiben darf, ohne daß die Klagenverjährung unterbrochen, oder die praescriptio litis pendentiae eingetreten wäre. Man denke sich nur den Fall, wo der Kläger gegen das Ende des letzten Jahres, mit dessen Ablauf die Verjährungszeit beendigt wäre, die Klage anstellt, darüber auch sogleich Verhandlung eingeleitet

(*) In §. 4. dieser Abhandlung (B. II. H. 1. S. 163 f.) ist aus Versehen mehrmals Prozeßverjährung statt Verjährung der Litispendenz geschrieben. Nach der im §. 1. dieser Abhandlung vorgeschlagenen Terminologie bitte ich dieses Versehen zu verbessern.

wird, vom Beklagten aber forideclinatorische Einreden vorgeschützt werden. Mit diesen braucht der Beklagte keine Litiscontestation zu verbinden, sondern darf erst Entscheidung darüber erwarten [1]). Wie leicht kann es nun geschehen, daß über diese Einreden erst nach Ablauf eines Jahres entschieden wird. Würden sie nun auch für unbegründet erklärt, und der Beklagte zur Einlassung angewiesen, so würde die jenseitige Theorie ihn nun dennoch mit der Einrede hören müssen, daß jetzt, und also während des anhängigen und fleißig betriebenen Prozesses, die Klage verjährt sey, weil, wenn sie auch noch zeitig angestellt, und ihm, dem Beklagten, mitgetheilt, doch die Litiscontestation nicht vor Ablauf der Verjährungszeit erfolgt seye, und nun erst nach Ablauf dieser Zeit erfolgen könne. Wenn man dabei noch bedenkt, daß die forideclinatorischen Einreden so beschaffen seyn konnten, daß dem Beklagten ihrer Benutzung wegen nicht einmal Frivolität vorgeworfen werden kann, er also Recht und Billigkeit für sich hatte, wenn er mit Geltendmachung derselben, die Einlassung verweigerte, so daß sich der Kläger nicht einmal über einen dolus des Beklagten beschweren kann; so wird man geneigt seyn, es für eine wahre Absurdität zu halten, wenn man im gemeinen deutschen Prozeßrechte behaupten wollte, die Klagenverjährung werde erst durch die Streiteinlassung unterbrochen.

Auf gleiche Weise verhält es sich aber auch mit der Litispendenz. Im angegebenen Falle könnte der Prozeß über die forideclinatorischen Einreden hundert Jahre geruht haben, und dennoch wäre die Litispendenz nicht verjährt, weil es dem ruhenden Prozesse an der Litiscontestation fehlte.

Daß solche Folgen weder im Geiste noch im Zwecke der Verjährungsinstitute liegen, daß sie jenen vielmehr geradezu widersprechen, bedarf keiner Ausführung.

---

1) J. R. A. §. 40. Mein Lehrb. d. Civilproz. §. 203. Note 9.

Setzt hiernach die Möglichkeit des Eintritts der Verjährung der Litispendenz nicht mehr voraus, als Insinuation der Klage [1]), so gehört nun ferner zur Wirklichkeit des Eintritts, daß der Prozeß vierzig Jahre hindurch geruhet hat, und zwar von der letzten Handlung, welche in der Sache vor Gericht vorgenommen wurde, angerechnet [2]). Zwar heißt es in Const. 9. de praescript. 30. v. 40. ann. 7, 39. „Quod tempus, id est quadraginta annorum spatium, ex eo numerari decernimus, *ex quo novissima* processit *cognitio, postquam* utraque pars cessavit;" und man könnte daraus herleiten wollen, daß die praescriptio litis pendentiae von der novissima cognitio, und nicht auch von der jüngsten Partheihandlung angerechnet werden dürfe; allein dieser Annahme würde die jüngere Const. 1. §. 1. de annali except. ital. contract. toll. 7, 40. „quadraginta annos esse expectandos, *ex quo novissimum litigatores tacuerunt*, lex nostra antea promulgavit," zureichend widerlegen. Man muß daher annehmen, die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz laufe entweder von der Zeit der letzten richterlichen Verfügung oder von jener, da beide [3]) Theile gänzlich geschwiegen haben. Die meisten Partheihandlungen begleitet freilich eine richterliche Thätigkeit, bald leitend, bald beurkundend, besonders wenn die Parthei mündlich handelt; und selbst bei schriftlichen Ein-

---

1) S. oben Heft 1. dieses Bandes S. 174.

2) *Dan. Schütte (Brandis)* Diss. de praescriptione litispendentiae. Gött. 1784. p. 20. v. d. Nahmer Entscheid. des O. A. G. zu Wiesbaden. B. II. S. 329. §. 14. „Daß eine richterliche Verfügung gerade die letzte Nummer der Acten bilde, ist offenbar nicht nothwendig. Die 40 Jahre ..... werden überhaupt von der letzten Handlung berechnet, sey sie nun Eingabe eines Theils oder Verfügung des Richters."

3) Auf das Stillschweigen der klagenden Parthei allein darf es auch nicht bezogen werden (§. 7.).

gaben folgt nach der Thätigkeit der Partheien ordnungsmäßig noch eine gerichtliche 1), wenn sie auch nur in der Bemerkung des praesentati besteht; aber abgesehen davon, daß dieses nicht immer eine Verfügung ist, so kann der Richter jene ordnungsmäßige Thätigkeit doch auch versäumt haben 2), so daß die letzte Thätigkeit in der That von einer Parthei ausging, und von dieser an gerechnet werden muß.

Die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz wird endlich nicht blos durch die Spruchreife, sondern nicht einmal durch die rechtskräftige definitive Entscheidung der Sache ausgeschlossen, d. h. der Antrag auf Execution darf ebenfalls innerhalb 40 Jahren von der letzten Handlung, welche vom Gerichte oder den Partheien ausging, angerechnet, wirksam gestellt werden. Die Gesetze stehen dieser Ansicht nicht entgegen, die Ausdrücke „litem autem implere per quosdam casus praepeditus est," und andere, gestatten eine solche allgemeine Anwendung. Außerdem würde auch bei Annahme der entgegengesetzten Ansicht der Zweck des Instituts in sehr vielen Fällen vereitelt werden. Denn nimmt man an, nach rechtskräftiger Entscheidung müsse der Executionsantrag immer als actio judicati betrachtet werden, weshalb regelmäßig die 30jährige Verjährung eintrete; so ist das schon deshalb unrichtig, weil nach Justinianeischem Rechte entschieden die actio judicati, neben einem einfachen Antrage auf Execution vorkam, und für beide Fälle besondere Grundsätze eintraten 3). Die ganze Ausbildung des Executionsverfahrens in den verschiedenen Perioden des römischen Rechts sowohl 4) als des deutschen, die aus-

1) Mein Lehrb. des Civilproz. §. 166.

2) Gensler im Archiv für civ. Prax. III. S. 54 f.

3) Const. un. Cod. Theod. de usur. rei jud. Cod. Just. eod. 7, 54. Heffter Institut. S. 258 f.

4) Heffter a. a. O. S. 545 f.

schließliche Competenz der Gerichte der Hauptsache für die Execution ihrer Entscheidungen [1]), so wie, der Umstand, daß das Urtheil nicht immer die zu leistende Quantität festsetzt, sondern zu diesem Zwecke oft erst ein Verfahren ad liquidum constituendum statt finden muß [2]), und die Execution jeden Falls der letzte Zweck alles gerichtlichen Verfahrens ist; alles dieses beweißt, daß das gerichtliche Verfahren gemeinrechtlich [3]) vor der Vollstreckung nicht beendigt ist; wie denn die Gesetze selbst auch den punctus executionis den fürnehmsten Theil des Prozesses nennen [4]). Man wird deshalb davon ausgehen müssen, daß in allen Fällen, wo die actio judicati angestellt werden kann, und hiervon wirklich Gebrauch gemacht werden soll, diese Klage rücksichtlich ihrer Dauer, an die allgemeinen Grundsätze der Klagenverjährung gebunden ist [5]); daß hingegen dann, wenn zur Bewirkung der Vollziehung des Urtheils nicht actio judicati, sondern blos Executionsanträge als fortgesetzte Handlungen des Prozesses, welcher Condemnation zur Folge hatte, gestellt werden, die vierzigjährige Prozeßverjährung eintritt.

§. 7.

Findet die Präscription der Litispendenz nur gegen den Kläger oder auch gegen den Beklagten statt?

Auch darüber kann Frage entstehen: ob die Verjährung der Litispendenz blos gegen den Kläger, oder auch gegen den Beklagten Statt finde? Die Gesetze gedenken nur des

---

1) Linde Lehrb. des Civilproz. Aufl. 2. §. 369.

2) Linde a. a. O. §. 368.

3) Jordan im Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 212 f.

4) J. R. A. von 1600. §. 65.

5) S. darüber Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. VI. S. 374 — 386. Derselbe zu Strube R. B. Th. I. S. 340. 341.

ersteren Falles, und darnach könnte man behaupten: daß nach Ablauf der vierzig Jahre der Beklagte dennoch auf Fortsetzung der Sache wirsam dringen dürfe, zumal, da dieser dabei auch Interesse haben könnte, insofern er eines obsieglichen Urtheils nicht blos in der Hauptsache, sondern auch der Kosten wegen gewiß ist, und durch Fortsetzung der Sache deren Ersatz bewirken will. Zum Zwecke des Betriebes einer gleichzeitig verhandelten Wiederklage würde der Beklagte aber die Fortsetzung der Hauptklage nicht verlangen können, da von dem Beklagten als Wiederkläger dasselbe, wie vom Kläger gilt, und der Kläger als Wiederbeklagter also die exceptio praescript. litispend. gegen die Reconvention wirksam vorschützen dürfte. Nimmt man aber ferner auch an, daß in Beziehung auf Exception der Excipient als Kläger betrachtet wird, und daß einem Rechte, auch auf dem Wege der Exception geltend gemacht, dennoch die replica temporalis im Allgemeinen wirksam entgegengesetzt werden kann [1]), und deshalb der Kläger, wenn nach Ablauf der Verjährung der Litispendenz der Beklagte Fortsetzung des Prozesses wollte, diesem gegen die Benutzung der Exceptionen in diesem Prozesse die Verjährung der Litispendenz opponiren könnte, so darf man wohl behaupten, daß der Fall, wo es dem Interesse des Beklagten zuspräche, nach verjährter Litispendenz die Sache fortzusetzen, höchst selten seyn wird. Die Gesetze sind übrigens auf eine spezielle Betrachtung dieses Falles nirgends eingegangen, wohl deshalb, weil ein solcher niemals vorgekommen war, und es möchte ihrem Geiste sogar mehr der Grundsatz entsprechen, daß auch der Beklagte, nachdem die Litispendenz verjährt ist, wider den Willen des Klägers den Prozeß nicht wieder aufnehmen konnne. Für die Fälle wo beide Theile wegen der Natur des Streitverhältnisses ohnehin in doppelter Qualität

1) v. Löhr im Arch. f. civ. Prax. X. S. 80. §. 5.

erscheinen [1]), versteht sich die Richtigkeit des Princips von selbst.

§. 8.
Verhältniß der Verjährung des Prozesses und der Litispendenz zu einander.

Schon oben wurde bemerkt: daß die Prozeßverjährung und die Verjährung der Litispendenz im römischen Rechte neben einander bestanden haben. Hier ist nun der Ort, darüber ein näheres Wort zu sagen.

Die ältere Prozeßverjährung (§. 2.) kommt in dieser Beziehung nicht weiter in Betracht. Diejenige aber, welche Justinian bestimmte, war hauptsächlich auf den nachlässigen Richter, die nachlässige Parthei oder Nebenperson berechnet. Der Gesetzgeber geht davon aus: daß keine Parthei wider den Willen des Richters einen Prozeß in die Länge ziehen könne [2]), und nun ordnet er ein Verfahren an, wornach es 1) auf Betrieb einer Parthei, und bei ordnungsmäßiger Thätigkeit des Richters, möglich wird, daß vor Ablauf von drei Jahren, von der Litiscontestation an gerechnet, in erster Instanz jeder Prozeß entschieden wird, und zwar ist die Entscheidung: a) wenn der Beklagte sich den Verhandlungen entzieht, und der Kläger sie einseitig betreibt, stets eine definitive [3]); entzieht sich aber b) der Kläger der Verhandlung, und betreibt sie der Beklagte allein, so kann die Entscheidung zwar definitiv ausfallen, aber auch blos darin bestehen, daß der Beklagte ab observatione judicii relaxirt wird, und die von ihm

---

1) *Gaj.* IV. 160. Fr. 10. fin. reg. 10, 1. Fr. 2. §. 3. fam. ercisc. 10, 2.

2) Const. 13. §. 1. de jud. 3, 1. „Hoc enim judicialis magis est potestatis, nemo est, qui ignoret, nam si ipsi noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judici litem protelare.“

3) Const. 13. §. 3. cit.

geleisteten Cautionen aufgehoben werden, und der Kläger in alle Kosten condemnirt wird [1]).

Wurde aber auf einseitiges Betreiben der Prozeß fortgesetzt, so konnte aber auch die Entscheidung nur am Ausgange des dritten Jahres, nicht früher, erfolgen [2]).

2) Lag dagegen den Grund der Verschleppung in dem Richteramte selbst, so war es möglich, daß, trotz des fleißigen Betriebs von Seiten der Partheien, die Entscheidung in drei Jahren noch nicht erfolgte [3]).

3) Dagegen konnte durch keine Art von Nebenpersonen der Prozeß aufgehalten werden, indem a) den selbstständigen Prinzipalen Gelegenheit gegeben war, die Saumseligkeit der patroni causarum zu hintertreiben, und der Richter sogar amtlich dafür wirksam seyn sollte [4]); b) in den Fällen aber, wo die Prinzipalschaft unter cura stand, und Tutoren, Curatoren oder Actoren den Prozeß führten, diese mit ihrem eigenen Vermögen für eine ungünstige Contumacialsentenz ihrer Clienten einstehen mußten, und erst dann, und insoweit, als diese nicht gedeckt wurden, gegen die Entscheidung Restitution ertheilt wurde [5]).

Wurde die Sache von keinem der streitenden Theile betrieben, und blieb deshalb unentschieden, so trat weder gegen den Kläger, noch gegen den Beklagten irgend ein Präjudiz ein. Gerade für einen solchen Fall wird nun durch die Vorschriften über die Verjährung der Litispendenz eine Grenze für die Dauer des Nichtbetriebs gegeben, denn dieses Institut beruht gerade auf der Voraussetzung, daß

1) Const. 13. §. 2. cit.

2) Const. 13. §. 2. cit. „et triennii metae post litem contestatam jam *prope finem* veniant, ut semestre tempus tantum ei supersit etc.“ Const. 13. §. 5. cit.

3) Const. 13. §. 8. l. c.

4) Const. 13. §. 9. 10. eod.

5) Const. 13. §. 11. eod.

beide streitende Theile den Prozeß liegen lassen. Beide Institute aber, das über die Dauer der gerichtlichen Verhandlungen beim Betriebe der Sache durch wenigstens eine Parthei, und das der Verjährung der Litispendenz, ergänzten sich gegenseitig, und machten es möglich, daß in keinem Falle Prozesse unsterblich wurden. Beide unterscheiden sich unter andern darin, daß das erstere hauptsächlich für das Richteramt, das letztere hauptsächlich für die Partheien eingeführt war; die Wirksamkeit des ersteren erst mit der Litiscontestation eintrat, und sowohl definitive Beendigung der ganzen Sache, als auch nur Erlöschung der Instanz zur Folge haben konnte (ab observatione judicii relaxare), das letztere aber das Streitverhältniß für immer vernichtete.

Die vierzigjährige Verjährung der Litispendenz galt nur für das Verfahren in erster Instanz. Für das Verfahren in der Appellationsinstanz bestand daneben eine noch strengere Verordnung, nach welcher binnen Jahresfrist die Sache beendigt seyn, widrigenfalls das beschwerliche Urtheil für rechtskräftig gelten, und es so angesehen werden sollte, als wenn gar nicht provocirt worden wäre. Dieses jedoch unter der Voraussetzung, daß der Appellant die Sache hätte zu ihrer Endschaft befördern können; denn fiel ihm rücksichtlich des fleißigen Betriebs nichts zur Last, so durfte noch ein zweites Jahr zum Betriebe der Sache bewilligt werden, nach dessen abermaligem fruchtlosen Ablaufe sollte es beim beschwerlichen Urtheile unabänderlich bewenden [1]). Durch spätere Verordnungen wurde dieser Grundsatz jedoch wieder sehr erschüttert [2]).

In Deutschland scheint man in der Anwendung die Fristen für die Dauer des Appellationsverfahrens niemals befolgt zu haben. Dagegen hat man die vierzigjährige Ver-

1) Const. 5. §. 4. de tempor. et reparat. 7, 63.

2) Auth. *si tamen.* Cod. de temp. et reparat. 7, 63.

jährung der Litispendenz nicht blos beim Verfahren in erster Instanz, sondern auch bei dem in der Appellationsinstanz angenommen, wiewohl man auch wohl, wie unten (§. 10.) noch näher bemerkt werden soll, behauptet hat, daß auch diese Verjährung nicht mehr practisch sey.

§. 9.

Wirkung der Proceßverjährung und der Verjährung der Litispendenz, so wie deren gerichtliche Benutzung.

Daß sowohl der Eintritt der Prozeßverjährung, als der Verjährung der Litispendenz bewirkte, daß nicht nur der contestirte, aber nicht zeitig beendigte und respective saumselig betriebene Prozeß nicht weiter fortgesetzt werden konnte, sondern die Rechtsverfolgung überall vermittelst einer Klage ausgeschlossen war, kann nicht einmal mit Scheingründen bezweifelt werden [1]. Damit ist jedoch nicht auch die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, dem Berechtigten auf andern Wegen zur Abwendung des daraus erwachsenen Schadens zu verhelfen, z. B. vermittelst einer actio de dolo [2], denn hier ist es nicht die einmal untergegangene lis, die fortgesetzt, noch das Recht, welches Gegenstand derselben war, das wirksam gemacht werden soll,

---

1) Der Beweis dafür liegt in den, in dieser Abhandlung früher benutzten Gesetzen. S. noch W. Franke, civilist. Abhandlungen. Götting. 1809. S. 75. Keller über Litiscontestat. §. 15. 16.

2) Fr. 18. §. 4. de dolo malo. 4, 3. „Si cujus dolo effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat, Trebatius ait: de dolo dandum judicium, non ut arbitrio judicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti ejus interfuerit, id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur.“ Vergl. hierüber Keller a. a. O. §. 17. S. 145 f. Einen andern Fall enthält Fr. 30. §. 1. ad L. Aquil. 9, 2., wovon im Text das Nähere vorkommt.

sondern eine durchaus von der früheren verschiedene Klagsache. Auch bedarf es kaum der Bemerkung, daß der Richter auf den Ablauf des legitimum tempus für die Prozeßverjährung amtlich zu sehen hatte [1]), was sich jedoch von der Verjährung der Litispendenz, welche gegenwärtig allein noch als practisches Institut des deutschen gemeinen Prozeßrechtes besteht, nach diesem nicht vertheidigen läßt.

Sehr bestritten ist die Frage: ob durch die Verjährung des Prozesses und der Litispendenz auch die Obligatio erlösche, oder ob diese nicht vielmehr als naturalis mit allen ihren Wirkungen, außer der Rechtsverfolgung vermittelst einer Klage, fortbestehe.

Für die Fortdauer der obligatio bei der Proßverjährung beruft man sich [2]) auf Fr. 30. §. 1. ad Leg. Aquil. 9, 2. „Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis? quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, *aut quod litem tempore amiserit*, quaeritur. Sed hic iniquum est, et domino, et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, quam prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius, consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod *litem amisit*, creditor quidem usque ad modum

1) Die Gründe liegen sowohl in der Fassung der Gesetze, als darin, daß die Prozeßverjährungsfristen zugleich Zeiträume für die rechtlich mögliche Dauer der Gültigkeit des functionirenden Judicii waren, das deshalb mit dem Zeitablaufe gar nicht mehr als Judicium gesetzlich bestand. Eine weitere Ausführung ist hier nicht nothwendig, weil sie keine, für das practische Recht hier zu benutzende Punkte liefert.

2) W. Franke a. a. O.

debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competet Aquiliae actio."

Es ist nicht zu leugnen, daß hier verfügt ist, der Pfandgläubiger könne, wenn gleich er gegen den Schuldner schon Klage angestellt habe, und der Prozeß verjährt seye, dennoch gegen einen Dritten, der zum Ersatze des gestörten Pfandes verpflichtet ist, den Betrag der Forderung, wenn die Verpflichtung des Dritten so weit reicht, einklagen. Allein dennoch beweißt die Stelle das daraus Hergeleitete nicht. Man darf nämlich nicht übersehen, daß Paulus dem Pfandgläubiger zwei Klagen gegen verschiedene Beklagte zuspricht, eine gegen den Pfandschuldner, eine andere gegen den, der den verpfändeten Sclaven getödtet hatte. Der Pfandgläubiger hat nun, wie Paulus voraussetzt, die Klage gegen den Pfandschuldner angestellt, aber litem tempore amisit, daher kann sich der Pfandschuldner unbedenklich gegen jeden ferneren Anspruch aus dieser Obligation schützen [1]. Dadurch ist aber die andere, dem Kläger gegen den Todtschläger des verpfändeten Sclaven gerichtete Klage nicht ausgeschlossen; denn von diesem kann die Einrede der Prozeßverjährung nicht entgegengesetzt werden, weil dieses ein auf anderem Fundamente beruhender Prozeß ist, und die Partheien nicht dieselben sind, dem eingeklagten Todtschläger des Sclaven also, wenn er sich darauf berufen wollte, der Kläger habe keine Forderung mehr, weil er dem Pfandschuldner gegenüber litem tempore amiserit, es also an einer Pfandschuld, deshalb an einem wirksamen Pfandrechte, und sonach an einer wesentlichen Voraussetzung zu der neuen Klage fehle, mit Recht replicirt werden könnte, dieses seyen sämmtlich exceptiones de jure tertii,

1) Fr. 1. §. 12. ad Sctm. Tertull. 38, 17. Fr. 229. 230. de V. S. 50, 16. Fr. 2. §. 2. ne de statu defunct. 40, 15.

da durch die Prozeßverjährung, wie durch die Verjährung überhaupt, das Recht nur ope exceptionis erlösche, diese exceptio aber nicht jedem Dritten, sondern nur demjenigen zustehe, der in dem verjährten Prozesse die Rolle des Beklagten spielte [1]. — Das Fragment enthält also keinen Ausspruch darüber, ob bei statt gehabter Prozeßverjährung das ganze Recht oder nur die Rechtsverfolgung vermittelst einer Klage gegen den Beklagten, dem gegenüber der Prozeß verjährt ist, eintrete. Da es aber auch an gesetzlichen Bestimmungen, welche mit spezieller Beziehung auf dieses Verhältniß, die Folgen der Prozeßverjährung festsetzten, fehlt, so muß wohl auch hier die Wirkung, welche die Verjährung im Allgemeinen nach sich zieht, eintreten. Diese aber besteht wohl richtiger in der Erlöschung des ganzen Rechts. Dennoch läßt sich nicht leugnen, daß im neuern Rechte wenigstens für den Fall, wenn innerhalb der dreijährigen Zeitfrist der Beklagte allein die Sache betrieb, es sich erreignen konnte, daß nur eine Entbindung von der Instanz eintrat (§. 8.) [2], und daß, wenn weder der Kläger noch der Beklagte die Sache betrieb, überhaupt die Prozeßverjährung keine Folgen hatte, und sonach seit der Const. 13. de jud. von den Folgen der älteren Prozeßverjährung keine Rede mehr war. Man könnte zwar davon ausgehen, daß die Bestimmungen der Pandekten über die lis mortua [3], welche sich ursprünglich begreiflich nur auf die vorjustinianeische Prozeßverjährung bezogen, seit der Const. 13. cit. auf dieses Institut, das ja überhaupt nur noch existirte, angewandt worden wären; indessen dürfte es nicht zweckmäßig seyn, dieses hier weiter

1) v. Löhr im Arch. f. civ. Prax. X. S. 72. 74.

2) Const. 13. §. 2. de jud. 3, 1. „ab observatione judicii relaxare."

3) S. oben Heft 1. S. 155. Note 2.

zu verfolgen, da unser gemeines Recht die Prozeßverjährung überhaupt nicht mehr kennt [1]), und bei der gegenwärtigen Darstellung nur so weit darauf Rücksicht genommen werden sollte, als es zum Verstehen und Anwenden der Quellen auf das verwandte Institut der Verjährung der Litispendenz nothwendig ist.

Die Wirkung der Verjährung der Litispendenz besteht jedenfalls darin, daß das ganze Recht erlöscht, theils, weil dieses Institut in dieser Beziehung, was schon v. Löhr bemerkt hat, wie die Extinctiv-Verjährung beurtheilt werden muß [2]), theils, weil es in Const. 9. de praescr. 30. vel. 40 annorum ausdrücklich von der ehemaligen dreißigjährigen Verjährung der Litispendenz heißt: „*jure suo lapsi*" und suas fortunas ad alios translatas videntes, merito quidem *sine remedio* ante lugebant; und diese Wirkungen nur an eine längere Zeit durch Justinian geknüpft sind. Wenn nicht das ganze Recht, sondern blos die Klage erlöschte, so könnte man wahrlich so nicht reden, denn wenn man seine Ansprüche noch als naturalis obligatio geltend machen darf, so fehlt es nicht an mancherlei remediis, mit denen man sein Recht wirksam machen kann.

Da durch die Verjährung der Litispendenz das Recht nur per exceptionem erlöscht, so muß die Parthei sich darauf berufen, und der Richter kann diese Einrede so wenig, als irgend eine andere, ergänzen. Insbesondere gehört es nämlich nicht zu der Rechtsbeständigkeit der Klage

1) Was aber auch nicht unbestritten ist. M. s. darüber die unten abgedruckten Relationen der Herrn v. Ditfurth und v. Gruben.

2) Die Wirkungen der Extinctivverjährung rücksichtlich dieses Punktes sind in neuerer Zeit so vielseitig behandelt, daß eine Verweisung hinreicht. v. Löhr im Arch. f. civ. Prax. X. N. 2. §. 2. S. 70 f. Heimbach in dieser Zeitschrift. I. S. 436 f. Vermehren in diesem Hefte.

an sich, daß sie nicht verjährt sey; es wird das Klagerecht gleichwohl unwirksam, wenn die Verjährung statt gefunden, und dieser Umstand vom Beklagten benutzt wird [1]). Daß dieses auch die Ansicht des römischen Rechts ist, scheint mir vorzüglich daraus hervorzugehen, daß hierin auf das Bestimmteste ausgesprochen ist, es erlösche das Klagerecht nur per exceptionem, und diese Bestimmung nicht etwa blos so ausgedrückt wird, daß dadurch nur der Gegensatz des Erlöschens ipso jure in der Art ausgedrückt werden sollte, daß in diesem Falle das Recht überall gar nicht, in jenem nur nicht gegen denjenigen, dem die acceptio praescriptionis zustehe, geltend gemacht werden könne, sondern die Gesetze nehmen fast überall die Form der Benutzung dieser Einwendung in ihre Disposition auf, denn immer wird von der exceptio *opposita* gesprochen [2]). Gewiß mußte auch schon im ältesten römischen Rechte der Beklagte die praescriptio ausdrücklich vorschützen, denn ihre Berücksichtigung setzte ja wesentlich voraus, daß sie mit in die Formel aufgenommen war, und die Berufung auf praescriptio mußte wohl um so bestimmter geschehen, als über Präscriptionen vor weiterem Eingehen in die Hauptsache gehandelt wurde [3]). Wenn nun gleich mit dem Untergang der Formeln die Präscriptionen nicht mehr zu dem Zwecke, dafür eine Formel zu erwirken, zeitig und ausdrücklich vorgeschützt werden mußten, so blieb doch der, in der Natur des Verhältnisses liegende, Grundsatz bestehen, wornach über die exceptio temporalis, wie über jede Exception, welche

---

1) Ueber die Literatur dieser Streitfrage s. Linde Lehrb. des Civilproz. Aufl. 2. §. 160. Note 1. und dazu noch *de Schröter* Comment. de temporis vi in actionibus atque interdictis tollendis. Jen. 1827.

2) Const. 7. §. 2. 3. 4. Const. 8. §. 1. 4. Const. 9. de praescript. 30. v. 40. annor. 7, 39. Const. 30. de jure dot. 5, 12.

3) Vergl. Heffter Instit. S. 92 — 98. 280 f.

die ganze Klage aufhebt, vor der weiteren Verhandlung über das Klagfundament verhandelt und entschieden werden darf [1]. Diese Ansicht hat sich auch im canonischen und deutschen Prozeßrechte erhalten [2]. **Vorgeschützt** muß also die Einrede der Verjährung auf jeden Fall werden, so daß, wenn die Thatsachen, woraus der Eintritt der Verjährung hervorgeht, nicht in den Acten liegen, eine Berücksichtigung derselben gar nicht rechlich denkbar ist. Liegen die Momente für das Daseyn der Verjährung aber in den Acten, so ist darauf zu sehen, ob ihr Vorbringen in einer Art geschehen ist, welche zu einem Exceptionsvortrage genügt. Jedenfalls gehört aber dazu, daß ein Vorbringen als eine Exception beurtheilt werden soll, wesentlich, daß es der **Beklagte** zum Zwecke der Vertheidigung vorschützte. Hieraus folgt dann aber, daß die Behauptung: „der Richter dürfe auf die Verjährung schon dann Rücksicht nehmen, wenn ihr Daseyn aus actenmäßigen Thatsachen folge;“ zu allgemein, und unrichtig für den Fall ist, wo der **Kläger** die Thatumstände, woraus die Verjährung folgt, zur Sprache gebracht hat. Hat dagegen der Beklagte jene Thatsachen angeführt, wobei es begreiflich nichts ausmacht, wenn er erst durch das klägerische Anführen darauf aufmerksam gemacht worden wäre, dann hängt es von Umständen ab, ob der Richter annehmen darf, der Beklagte habe die exceptio praescriptionis vorgeschützt oder nicht. Mir scheint es, daß dieses mehr quaestio facti als juris ist. Da nämlich für das Vorschützen der Exceptionen bestimmte Formen nicht vorgeschrieben sind, so muß der Richter aus dem Vortrage der Parthei beurtheilen, ob und welches Gewicht sie auf einzelne Thatsachen legten.

---

1) **Heffter** a. a. O. S. 98. 99.

2) **Linde** Lehrb. des Civilproz. Aufl. 2. §. 209.

§. 10.

Grundsätze über die fortdauernde Anwendbarkeit der Verjährung der Litispendenz nach deutschem gemeinen Prozeßrechte.

Der berühmte Cameralschriftsteller Joh. Ulrich von Cramer hat die Thesis aufgestellt, daß bei den ehemahligen höchsten Reichsgerichten die Verjährung der Litispendenz nicht in Uebung gewesen seye, und lange Zeit reichte diese Auctorität hin, dieselbe Behauptung in den späteren Schriften wiederholt zu finden. Man behauptete dann bald auch Unverjährbarkeit der Litispendenz bei den Territorialgerichten, bis erst in neurer Zeit die Cramer'sche Ansicht gehörig gewürdigt [1]) und in ihrer Grundlosigkeit dargestellt wurde. Der Gegenstand selbst hat in unseren Tagen wieder besonderes Interesse dadurch erlangt, daß seit der Aufhebung der höchsten Reichsgerichte viele wichtige, bei diesen anhängig gewesene Prozesse, an die Gerichte der deutschen Bundesstaaten übergegangen sind, bei deren Reassumtion die Verjährung der Litispendenz häufig zur Frage kommt. Der Verfasser wurde durch solche Fälle veranlaßt, über diesen Gegenstand nachzudenken, und daraus entstanden die hier mitgetheilten Beiträge. Für die practische Anwendung wird aber der Gebrauch der ehemaligen höchsten Reichsgerichte entschieden wichtig; weshalb es dem Publikum nicht uninteressant seyn wird, im Folgenden einige Abstimmungen ausgezeichneter ehemaliger Assessoren des Reichskammergerichts abgedruckt zu finden, aus denen hervorgeht, daß die Verjährung der Litispendenz fortwährend in Uebung war. Diese Abstimmungen finden sich sämmtlich abgedruckt in der oben S. 171. Note 1. angeführten Entwicklung, und das hier zuerst abgedruckte v. Ditfurth'sche Votum findet sich auch in Wahlkampf Reichskammergerichtlichen Miscellen, B. 2. Heft 1. S. 97 bis 100.

1) (Stickel) Wahlkampf Reichskammergerichtl. Miscellen. Gießen 1806. B. 2. H. 1. S. 91 — 97. v. Grolman (in der oben S. 171. angeführten) Entwicklung. §. 36.

Anhang.

Auszüge aus den Reichskammergerichtlichen Protocollen, die praescriptio litis pendentiae betreffend.

Nro. A.

Lunae 1a Mart. 1784. Sub Praes. Ill. ac Excell: D. S. R. I. Com. a Spaur, C. I. I. — D. Ass. a Ditfurth Refer., D. Ass. a Balemann, D. Ass. a Fahnenberg, D. Ass. ab Albini jun., D. Ass. a Schmitz, D. Ass. L. B. a Riedesel, Votum additionale D. Ref. Ass. a Ditfurth. — Teutschmeister C. Speier.

Der ganz unverantwortliche Unfug der Teütschordens Regierung, so gar ihre privat Grenzstreitigkeiten mit dem Mediaten unter der Stadtgerichtsbarkeit stehenden Hospital und einige andere Bürger, in diesen Alluvions Prozeß zu mischen, mithin diesen Mediaten um ihren Besitz und erste Instanz, weit treffender gegen den Innhalt derer der Stadt puncto juris de non evocando ertheilten privilegien, als der Orden die seinigen anziehet, zu berücken, hat meine ehemalige Vermuthung nun völlig zur Gewißheit gebracht, daß der Orden diesen längst vergessen gewesenen und derelinquirten Alluvions Prozeß nicht wegen der Alluvion als dem eigentlichen objecto Litis, das noch immer von geringer Erheblichkeit ist, sondern um in diese nichtige Litispendenz seine ebenfals zur Ungebühr hieher gebrachte Jurisdictions-Jagd- und andere Neüerung zu wickeln, Mandata zu erschleichen und darauf via facti neüe, nie in Besitz gehabte Rechte zu gründen, wieder Rege gemacht habe. — Dies hat mich veranlaßet, dem Rezeß Dr. Hofmann de 6. Nov. 1767., der darinn zwar die Except. praescript. nicht opponiret, sondern sich auf den Vergleich beziehet, dabei

aber doch zusezt, daß dieses höchste Gericht, sub molelitium, mit dergleichen alten verlegenen, zumahlen abgethanen Sachen nicht beschwert werden dürffe, weiter nachzudenken, und zwar um so mehr, als der Richter die Exceptionem praescriptionis ex officio zu attendiren hat. Daß der vorige Referens Papius lezteres nicht gethan, will ich ihm gerne vergeben, daß er aber, teste protocollo Senatus, daraus ohne die Acten gelesen zu haben referiret, und publicationem rotuli erkannt hat, läßt sich nicht anders, als aus der Geschichte seines Lebens, erklären. Denn hätte er die Acten gelesen, so hätte er sehen müssen, daß die Sache Ao. 1629. in den terminis verlaßen worden war, daß bevor der Rotulus publiciret werden konnte, förmlich referiret, und Except. transactionis, deren Gültigkeit aller Welt rotulus unnütz gemacht hätte, verworfen werden mußte, und zwar um somehr, als die Stadt dieser publication widersprach, und darüber Urtheil bath, welche doch, sie falle aus wie sie wolle, eine vorgängige Relation erfodere. — Meine Gedanken sind zollfrei, und thun nichts weiter zur Sache; erheblich aber ist, daß lis ab Ao. 1629. bis 1767. ganz geruhet, und der Orden als Kläger in dieser zeit von 138. nicht einen einzigen Rezeß abgehalten habe. Ich muß hieraus, nach meiner itzigen Einsicht, den Schluß fassen, daß dieser alte Prozeß, wo nicht 3 und ½ Mahl doch gewiß einmahl praescribirt sey, und mehr brauchen wir nicht. Der L. ult. Cod. de praescriptione 30. vel 40. Annor. ist hierin zu klar, als daß er der geringsten Mißdeutung unterworfen seyn könne, und ich finde in allen Unsern Reichs-Gesetzen nicht einen Buchstaben, der seine Anwendung hindere, vielmehr bezeugen alle Scriptores juris practici deßen würkliche Krafft und Observanz, nur allein der seel. Cramer, oder ein Papius, dessen Votum er ohne weitere Untersuchung more Solito zur Observation machte, will Tom. 2. obs. 445. behaupten: Quod L. fin. Cod. de

praescr. 30. v. 40. Ann. seu praescriptio quadragenaria contra actiones in Litem deductas in Camera Imperiali in usu non sit. Wann man indessen diese observation auf die Capelle bringet, um das reine Gold von den übrigen Metallen zu scheiden, so bleibt auch hier, wie bei vielen andern Ludolfianischen besonders aber Cramerianischen Ausführungen, nichts als Kobold und Quartz übrig.

Denn erstlich sind alle in dieser observation befindliche Allegata manifest falsch, oder auf eine nicht genug zu bewundernde, in die Augen stechende Verwechslung des L. 13. cod. de Judiciis mit dem L. ult. cod. de praescript. 30. v. 40. annor. beruhend. Zweitens ist die vom seel. Cramer angeführte raison, warum dann dieser lezte Lex in Camera Imperiali nicht anwendbar seyn solle, nemlich multitudo Litium gravissimarum in Camera Imperiali pendentium, nicht weniger dergestalt falsch, daß vielmehr diese Ursache ein weit stärkerer Grund der pünctlichen Anwendung dieses Legis ultimae Cod. seyn sollte, wohl aber die Anwendung jenes Leg. 13. cod. hindert. In diesem Leg. 13. Cod. de Judiciis verordnet Justinianus nebst Anführung der herrlichen Ursache in Exordio Legis: Properandum nobis visum est, ne Lites fiant pene immortales, et Vitae hominum modum excedant; daß jede Gerichtliche Instanz binnen 3 Jahren beendigt werden solle, und bei diesem Lege, der ohnehin per Cap. 20. X. de Judiciis abgeändert ist, fält es in die Augen, daß er sich in Camera Imperiali, wo es Richter und Partheien, jede Sache in dieser Zeit zu beendigen ohnmöglich fällt, ohne Absurdität nicht appliciren lasse, dahero dann auch das fatale finiendae appellationis in Camera Imperiali nicht anwendbar ist.

Tafinger Sect. 4. tit. 3. §. 941. der neuen edition.

Wie nun aber Cramer dazu komme, dieses auf den L. ult. Cod. de Pr. 30. v. 40. Ann. zu appliciren, läßt

sich durchaus nicht begreifen, denn es stehet allerdings bey denen Partheien, ihre Sachen nicht ganz liegen zu lassen, und in 40 Jahren im Protokoll wenigstens einmal um Urtheil zu bitten, weil, wann sie dieses nicht thun, die Sache am Kammergericht noch weit sicherer, als bey jedem andern Gericht, liegen bleibt, mithin bei einer solchen Unterlaßung deren Effect, daß nemlich gar keine Entscheidung erfolgen könne, eine noch weit stärkere praesumtion der Entsagung des Rechtsstreits am Kammergericht, als an einem andern Gericht, wo auch Sachen die nicht betrieben werden, zur Entscheidung kommen, würken muß. Es sind aber ad 1) alle Cramerianische Allegata unrichtig, dann a) sagt der allegirte Böhmer in Tom. 2. consult. et Decis. 930. n. 6. 10. et 11. das nicht, was Cramer mit Ihm beweisen will; sein Thema ist: „Praescriptio Quadragenaria allegari „nequit, si non penes litigantes sed Judicem stetit, quo „minus litem prosequeretur," worinn ich mit dem seel. Böhmer allerdings einverstanden bin, und noch weiter zugebe, daß noch über dieses jede andere Ursache, welche praescriptionem ordinariam hindert, dahier dem Kläger zu gute kommen müsse, wenn es auch gleich nicht an dem Richter gelegen hat, daß die Sache nicht entschieden worden ist. Mevius pt. 8. Dec. 459. Wann es aber blos an der Parthei lieget, so steiget Böhmern so wenig, als einem andern Auctore, der Gedanken auf, daß der L. fin. Cod. nicht anwendbar seyn solle, vielmehr setzet die Thesis, die er hier zum Grunde leget, das Gegentheil in dem Falle fest voraus, si non penes Judicem steterit, quo minus Litigantes Litem prosequerentur.

Eben dieser Böhmer redet b) in dem ferner allegirten jure Eccles. Lib. 2. tit. 1. §. 14. mit keinem jota von dem L. ult. cod. de pr. 30. v. 40. Ann. sondern von oben erwehnten L. 13. Cod. de Judiciis, der dann wohl freilich auf die Lites am Kammergericht nicht zu appliciren wäre,

wann auch gleich Summus Pontifex Unsern Vorrath der Gesetze mit dem Cap. 20 X. de jud. nicht bereichert hätte.

Nicht weniger erwähnen c) die allegirte Mynsinger Cent. 2. Obs. 48. et Cent. 3. obs. 44., et Blum tit. 25. n. 78. den L. ult. Saepe Allegatam ganz und gar nicht, sondern schreiben von nichts anders, als jenem Lege 13. cod. de Jud., worinn Deckherr in Vindiciis mit Jm nicht einmahl quo ad hanc Legem ganz einverstanden ist, manifesto indicio, daß damahls a ratione adhuc fortiori über die Anwendung des Legis ult. Cod. nicht einmahl ein Schatten eines Zweifels gewesen ist. Noch weit irriger sind d) Lyncker und Grafs allegiret, jener behauptet vielmehr in dem alleg. Responso 32. n. 8. Tom. 1. das gerade Gegentheil, dergestalt, daß er nicht einmahl bonam fidem des Bekl. in der Maaße erfodert, daß er vom Anspruch nichts gewußt habe, sondern ihm genug ist, wenn er geglaubt habe, daß das Recht auf seiner Seithe stehe, und so führet auch der Grafs das Gegentheil von der Cramerschen Behauptung in der zum Beweis angezogenen Stelle an, und endlich ist das Allegatum des Klock de Aerario entweder ein Druckfehler oder ganz falsch. Da nun die neue Legislation des seel. Cramers solchergestallt ganz hülflos dastehet, so kann auch nichts die Anwendung offt berührten Legis hindern, auf die ich erkennen müste, wann auch alle oder ein groser Theil der Cammeral Scriptorum, die keine Legislatores sind, ein anderes behaupteten, und mit Deckherr in vind. tit. 25. n. 77. circa finem sagen: Verum quia Camera Legibus non soluta, sed in omnibus et per omnia alligata, fallor si non verius, de jure Cameram fatalibus quoque observandis adstrictam, sicut et universo jure communi, specialiter non mutato.

Was ad 2.) die ration der Nicht Observanz des Cramers anlanget, so habe ich schon oben angeführet, daß solche nicht nur unrichtig ist, sondern vielmehr die besondere

Lage des Kammergerichts, ubi lites, nicht pene, sondern wirklich immortales werden, und vitae hominum modum contra L. 13. Cod. de jud. excediren, es die L. ult. cod. nicht ausser Acht zu lassen, vorzüglich anräth. Eben hier am Kammergericht kann man die Wahrheit und Weißheit des Justinianischen Ausspruchs, quod properandum sit, ne Lites fiant immortales, et vitae hominum modum excedant, a posteriori beweisen, dann unter 100 Prozessen, die im vorigen Seculo hätten entschieden werden sollen, gehet nicht ein einziger so aus, als er im vorigen Seculo ausgegangen seyn würde, und meist ist auch die Absicht des Reassumenten von der ehemaligen Absicht des mit seiner Generation bis ins 3te Glied vermoderten Klägers, der die Sache vor 100 bis 200 Jahren, oder noch länger anhängig machte, Himmelweit unterschieden. Kläger, Beklagte, Zeugen, und andere in Actis vorkommende Personen, sind von der Schaubühne dieser Welt längst abgetretene Menschen, deren Handlungen, Absichten, und Verhältniß nur Richtern, die mit ihnen zugleich lebten, oder doch noch mit andern Menschen lebten, die mit jenen gelebt hatten, ganz klar seyn konnten, worüber aber, bei sonst noch so klaren Acten, nach 3 bis 4 Mahl ausgestorbener Menschlichen Gesellschafft, sich immerhin eine Dunkelheit verbreitet, die den Ausgang ¾tel mehr problematisch macht, als er es bei einer Sache, quae vitae hominum modum nondum excessit, seye, nicht zu gedenken, daß die Denkungs Art der Menschen, mithin auch der Richter, die Verhältnisse, kurz alles in einem Seculo so ändert, daß nichts dem andern mehr ähnlich siehet, dergestalt, daß zwischen einem heutigen Teutschen und einem Teutschen aus dem 16. Seculo ein grösserer Unterschied, als zwischen einem Europäer und Japanenser ist, wo doch der Beklagte in einem solchen alten Prozeß, nach seinen Grundsätzen, Denkungsart und Verhältnißen, die bei der Entstehung des Rechtsstreits die

Oberhand hatten, nicht aber nach den heutigen gerichtet zu werden verlangen kann.

Nota. Der Vorfahr des Unglücklichen Kinsbergs würde gewis nicht condemnirt worden sein, wenn dieser fatale Prozeß 200 Jahre früher decidiret wäre, und wäre es geschehen, so hätte jener und nicht Kinsberg dafür weit billiger gelitten; Eine ganze Familie, wie die Stoplerische, würde nicht an den Bettelstab gerathen, und mehr als 40 Interessenten, die nicht einmahl davon wußten, und es als vom Himmel gefallenes Manna ansahen, das ihrige geben musten, wann dieser Prozeß zu seiner Zeit ausgegangen wäre. Selbst diesen 40 Interessenten hilfft es wenig, und einigen, die sich darüber auf die faule Seite legten, ist es gar schädlich, eine ansehnliche Familie aber, die von dem ganzen Prozeß wenig, oder nichts wuste, ist ruinirt.

Dergleichen Beyspiele haben wir viele, und so ist denn auch nahmentlich dießer Prozeß, in einer ganz andern Absicht, als um die er angefangen war, wieder hervorgesucht worden. Und so lehret dann die traurige Erfahrung, daß durch die Entscheidung eines so veralteten Prozesses, mehr Unheil und Unrecht, als durch die Entscheidung eines auch noch so gerechten, bis ins 3te und 4te Glied verschmerzten, ja wohl vergessenen, Gutes, gestiftet werden kann. Meist sind solche Prozesse Speculationes später Nachkommen, die nicht arbeiten wollten, Gold aber nicht machen können, mithin in alten Schriften herum wählen, ob sie nicht irgend jemand einen Prozeß an den Halß werfen können, und dann, wann sie einen solchen von ihren Vorfahren derelinquirten Cameral Prozeß finden, victoria rufen; oder es sind Versuche jene jura, wie es hier der T. O. intendiret, gegen seine Nachbarn zu vermehren, wozu ein solcher alter Prozeß ein herrliches Vehiculum ist. Dies alles sind weit stärkere Gründe, bei dem Buchstaben des Legis ult., als eines nicht abgeänderten Gesezzes, zu bleiben, um so mehr,

als man nicht wissen kann, ob dergleichen alte Sachen nicht verglichen, die Urkunden darüber aber verlohren gegangen sind; die Anzeige im Gericht geschiehet nicht immer, und ihre Unterlaßung hindert wenigstens die aus 40 Jährigem Stillschweigen des Klägers entspringende praesumtion der Litis renunciation nicht. — Ich will nicht behaupten, daß diejenige lites, welche fast generaliter ab Ao. 1630 bis 1714 et 1715 liegen blieben, per L. ult. Cod. erstorben wären, aber hiervon liegt der Grund in den Kriegen, und Staatsrevolutionen, die die Partheien und daß Gericht, das in dieser Zeit einmahl zerstöhret, und wieder einmahl unthätig wurde, verhinderten, nicht aber in der Nichtanwendbarkeit, des nur in diesen Falle nicht applicablen L. ult. cod. der mithin wenigstens ab Ao. 1713, wo alles wieder ruhig gewesen und geblieben ist, seine Anwendung haben muß. Und so wäre dann von diesem termino an, bis ad Ao. 1767 eine Zeit von 54 Jahren abgelaufen, worinn meines Erachtens die T. O. Klage völlig praescribirt worden ist. Dieses ist also wenigstens ein Grund mehr ad absolutoriam, den ich, wann ich nicht überdem die Klage ungegründet gehalten hätte, in meinem Ao. 1777 entworfenen Voto näher untersucht haben würde. Wegen des Mandati, puncto jurisdictionis bleibe ich bei meinem Voto, und schlage dies höchstfrivole Gesuch per Sententiam ab.

Der Teutsch Orden, der alle seine praetensionen im Jahre 1607 nicht einmahl zur Klage, und höchstens nur die alluvion ad petitorium in via citationis qualificirt hielt, der, von dieser Zeit an, nicht einen haltbahren actum possessorium, etwas mehreres als Stadt Speiersche Bürgerl. Rechte an dem quaest. Wühl zu besitzen aufweisen kann, mag wohl nun nicht noch, nach so langer Zeit, sogar possessorisch klagen. Den Unfug wegen der Gränzstrittigkeiten wollte ich mit einer fiskalischen Strafe 2 Mark Goldes bestrafen,

und den Orden in der Urthel damit expresse von hier ab, an das forum competens, des Hospitals S. Georgi, Posthalter Pritz, und Burgerin Berenthin, um daselbst ihre privat Grenz-Streitigkeiten auszumachen, weisen, die Supplic in der Jagd-Sache wollte ich nunmehro wegen ihres 10jährigen Alters, und da es nicht wohl schicklich ist, daß allererst izt ein Decretum darauf erfolge, sine Decreto bei den Acten liegen lassen, vielleicht macht sich der Orden, wann er erst die Urtheil angehört haben wird, die Rechnung von selbst, was er sich von seiner Jagens-Gerechtigkeit versprechen könne, und läßt diesen Vorsatz fahren. Ich wollte jedoch hier zum voraus concludiren, daß auch dieses Mandats-Gesuch, alsdann abgeschlagen werden solle, wenn der Orden darum mittelst einer neuen Suppl. anstehen sollte, et sic iterum S. M.

Scripsi 27. Febr. 1784. Ditfurth.

Nro. B.

Auszug

aus dem Protokolle des 2ten K. KGts. Senats vom 17. Jan. 1793. Des Hrn. Marggrafen Friedrich zu Brandenburg, als Domprobsten zu Würzburg, nunmehro Domkapitel daselbst, c. V. Rosenberg, nun Schwarzenberg.

Sub Praes. Illmi Ecellmi ac Grat. D. C. J. Judicis S. R. I. Comitis Spaur, et praes. — D. Ass. L. B. A. Schmitz, Ref. L. B. a Riedesel, L. B a Ditfurth, L. B. a Balemann, L. B. a Globig, L. B. a. Fahnenberg, D. Ass. Comite a Spaur, — et me Appellius, Dnus Ref. absolvebat Votum suum. f. 5.

Fol. 7.

D. L. B. a Riedesel. Der Exceptioni Austraegarum können Votans aus denen vom Hrn. Referenten angeführten Gründen um so weniger statt geben, als der alte zwischen

dem Hochstift Würzburg und der Ritterschaft geschlossene Vergleich, außer denen demselben überhaupt entgegenstehenden Zweiflen, auch auf den Dom-Probst oder das Capitel nicht anwendbar seyn würde; die von Rosenberg auf die den Mitgliedern der Rs Ritterschaft sonst allerdings zustehende Austrägen gegen einen Domprobst oder ein Capitel als mediatos sich nicht berufen konnten, Schwarzenberg aber mehrere Rechte als Rosenberg, dem er succedirt hat, hatte, nicht verlangen kann. Eine andere Frage aber wäre, ob nicht, nach so langem Stillschweigen post transactionem zwischen Rosenberg und dem Dom Probst die action selbsten oder doch die Instanz praescribirt, mithin capitulum entweder gar kein jus agendi mehr habe, oder doch eine neue action anstellen müsse, wo dann freilich forum austraegarum eintreten würde. Allein, da jener Vergleich zwischen Rosenberg und dem Domprobst zugleich die Anerkenntnis zu enthalten scheinet, daß, wenn der Probst den Zehenten selbsten einziehen wollte, er sich den vorhin von Rosenberg behaupteten modum gefallen lassen müsse, so mögte noch wohl die Frage sein: ob nicht diese Rosenbergische Behauptung auch gegen das so lange stille gesessene Capitel, mithin das eigentliche objectum des ehmaligen Streits, praescribirt sey, und nicht allein die Instanz! Dieses aber würde zu der Hauptsache gehören, und scheint Votanti wenigstens noch so zweifelhaft, daß er es bis dahin suo voto aussetze, allenfalls auch Capituls: warum es gegen den 236 Jahr geschlossenen Vergleich nichts versetzt habe, sich in specie vernehmen zu lassen, und eben diesen Vergleich in extenso beizubringen, aufgebe. Aus diesen Gründen, und hinzutrettenden Anerkenntnissen der Schwarzenb. Regg., daß die Sache hier fortgesetzt werden müsse, welche D. Rfrens angeführt habe, trete Votans diesen conclusionen bei, nur daß er punctum expensarum bis zur Entscheidung der Hauptsache aussetzen wolle. S. M.

D. *Ass. a Ditfurth*, habe in Sachen des teutschen Ordens ꝛc. die Reichsstadt Speier im Jahr 1784 in seinem Voto additionali fol. 38. Prot. Sen. Jud. ejusd. ai weitläuftig dargethan, daß die Cramersche Observation Tom. 2. Obs. 445, worinn derselbe behaupte, daß der L. ult. Cod. de praescript. 30. V. 40. Ann. am K. Gericht keine Anwendung habe, auf einem ganzen Heer von Irrthümern, falschen Allegaten, und Verwechslung des Legis 13. Cod. de Judiciis, der einen ganz andern Gegenstand habe, beruhe, und daß nicht nur die ältern Cameralisten dessen Anwendung nicht in Zweifel gezogen, sondern auch noch dermahlen darauf gesprochen werden müsse. Hierauf wollte sich D. Votans der Kürze halben beziehen, und es jedem der Hrn. Votanten überlassen, welcher von Ihnen dieses Additional Votum allenfalls einsehen wolle. Dieses trete nun hier um so mehr ein, als der alte Prozeß, auf welchen dermahlen ein neuer gepropfet werden solle, verglichen gewesen, und hierauf nicht etwa 40, sondern 236 Jahren liegen geblieben, mithin der wahre Fall des L. 13. Cod. de Judiciis, immortalitatis litium, der hier Vitas hominum von mehr als 10 Menschen-Geschlechtern überschritten, dahier vorhanden sey; D. Votans getraue sich dahero nicht, auf diesen vermoderten Stamm ein neues Propfreis einzuimpfen, und den nunmehrigen Beklagten um exceptiones zu bringen, die ihm als Successori singulari zustehen, oder an facta der vorigen Besitzer zu binden, von denen ihn ein langjähriger Besitzstand vielleicht befreiet. Er hebe dahero die, sine Causae cognitione, nicht viel besser, als im Schlummer, von dem in der Audienz sitzenden Assessor erkannte Citationem ad reassumendum wieder auf, verweise den Impetranten mit seiner neuen Klage ad Austraegas, und eröffne hierdurch seinem Gegentheil den Weg, sich aller ihm zustehenden Exceptionen in einem Regelmäßigen Prozeß (zu welcher Qua-

lität der gegenwärtige alte Rechtshandel, post ejus obitum nie gelangen könne) zu bedienen.

D. a Balemann: exceptio fori Austraegarum seye 1528 scheinbarer gewesen, als dermalen, wo nach der darauf erfolgten K.Gts-Ordnung v. 1555 die Ritterschaftlichen Austräge, und daß besonders bei Personis secundi ordinis, wenn sie a mediatis belangt werden, nicht eintreten, erst festgesezt worden. D. Votans verwerfe daher solche nach diesem neuern Gesetz um so mehr cum Dno. Rfte als der H. Fürst v. Schwarzenberg hier nicht nach den Fürstl. Austrägen, sondern denen seines Vorfahren des v. Rosenbergs zu beurtheilen sey.

Exceptio praescriptionis sey Ihm aber, nach der in Voto antecedente bezogenen Relation, sehr bedenklich, da fast communis opinio omnium Doctorum, den in Leg. fin. Cod. de praescript. 30. V. 40. ann. festgesetzten Termin v. 40 Jahren, als noch brauchbar erklärten, und Voetius in ff. ad tit. de Jud. num. 55. sogar spatium triennii dafür annehme, daß nicht allein nach Ablauf 3 Jahre, die Instanz gefallen, sondern auch die ganze Sache perimirt sey, und durch den L. 13. Cod. de Jud. das vorige ältere Gesetz, welches die 40 Jährige Verjährung eingeführt, aufgehoben worden. Hierzu komme noch der Umstand in der Hauptsache, daß nach dem Religionsfrieden von 1555. und besonders Art. 5. §. 46. Westphl. Friedens das Zehend Recht neuere Grenzen erhalten, und in dem Stand bleiben solle, worinn es am 1ten Jan. 1624 gewesen, welches vielleicht den Grund abgegeben, warum das Domkapitel diese Klage seit 236 Jahren liegen lassen. Obgleich diese exceptio praescriptionis von der Parthei nicht ausdrücklich eingeführet worden: so könne doch judex solche als eine exceptionem mixtam, tanquam ex jure et facto resultantem ex officio suppliren, daher D. Votans wegen derselben dahin concludire, daß sich das Domkapitul darüber erkläre,

ordinarium wegen Erhebung der Gülte von dem sogenannten Frohnhoff, und den modum percipiendi decimas; darüber wurde von den Partheien gehandelt, und besonders über den nur gedachten modum jener Vergleich Ao. 1533 errichtet, und die streitige Gülte dabei ganz übergangen; das Kapitel beruhigte sich über 200 Jahre dabei; ich muß daher sowohl wegen der ganz ex lite weggelaßenen Gülte, als wegen der Art und Weise, den Zehenden zu erheben, die Verjährung statt finden lassen; Wenn ich jedoch auf die Verjährung von Amtswegen Rücksicht nehme, so schneide ich dem Kläger seine dagegen etwa noch habende Replicas nicht ab.

Mir gefält die Meinung des Mevii p. VII. dec. 182. welcher sagt:

> licet enim notorius sit ex actis tanti temporis lapsus, qui praescriptionem faciat, potest tamen etiam aut in facto aut in jure quid esse, quod contra illum attendi mereatur. v. Hommel Rhapsod. jur. observ. 277.

Ich wolte daher in vorliegendem Fall den Anwald des klagenden Kapitels anweisen, insbesondere darüber, warum seine Principalschaft diese Sache so lange Zeit habe erliegen lassen? sich zu erklären, auch den Vergleich de Ao. 1533. in extenso beyzubringen, wobei jedoch, dessen unerwartet, der Beklagte Theil eventualiter seine Exceptiones in der Hauptsache einbringen solle.

In Betreff der übrigen Neben Punkte conformire ich mich cum voto antecedente.

D. a Fahnenberg: Der erheblichste Anstand bei der gegenwärtigen Sache ergebe sich darin, ob die Instanz nicht für gefallen, und die erkannte Citatio ad reassumendum nicht für unstatthaft zu halten.

236 Jahre sey diese Sache von den Partheyen nicht nur nicht betrieben, sondern sogar von einem 1503 zu Stande gekommenen Vergleich die Anzeige in Camera gemacht worden.

Die Betreibung und Fortsezzung dieses Prozesses wäre um so nöthiger gewesen, da der Vergleich nur ad dies vitae des Dom Probsts geschlossen worden.

Davon komme in dem Auszugsweise beigebrachten Vergleichs Innhalt nichts vor, daß der Streit am K. Gericht ruhen solle, bis ein oder der andere Theil um Urtel anrufen solte. Hier seye also offenbar negligentia paris in prosequendo litem vorhanden, mithin casus praescriptionis instantiae. Zwar scheine die Schwarzenbergische Regierung die reassumtion dieses gefallenen Prozesses nachgegeben zu haben, indem sie in dem bekannten Schreiben die Domprobstei hierauf verwiesen; da aber die außergerichtliche Aeußerung alsbald judicialiter wieder zuruckgenommen und corrigirt worden, so kann hierdurch der erwehnte Anstand nicht gehoben werden. D. Votans würde daher cum voto D. a Ditfurth die erlaßene Citationen ad reassumendum ohne weiteres cassiren, und die Kläger ad votum instantiam gehörigen Orts verweisen, wenn er nicht besorgte, daß es zum Nachtheil der Hauptsache von dem Beklagten Theil ausgelegt werden mögte, wenn die praescription in Ansehung der Instanz für erfüllt vom Kammergericht indistincte angenommen werde ꝛc. ꝛc.

D. Com. a Spaur. Cum conclusionibus D. a Globig.

Abschriften. Nro. C.

In Sachen Philipp Friedrich und Georg Friedrich Grafen zu Hohenlohe contra Herrn Julium Bischofen zu Würzburg, — Ablösung von sieben Dörfern betr.

D. 12. Octobris 1798.

Praesentibus D. Ass. à Globig Referente, D. Ass. à Gruben Correferente, D. Ass. à Schmitz, D. Ass. L. B. à Riedesel, D. Ass. à Ditfurth, D. Ass. à Balemann, D. Ass. à Hommer. et me Protonotario Appelius. D. Referens exponebat praeprimis statum causae, legebat dein factum etc. etc. etc.

D. L. B. à Riedesel. In dieser so äußerst wichtigen, von beeden Herrn Referenten mit so vieler Gründlichkeit ausge-

führten Sache hätte D. votans gewünscht, sich ebenfalls mittelst eines Voti Scripti ausführlicher über seine eigentliche Bestimmungs Gründe äußern zu können; da er sich aber bei seinen dermaligen Gesundheits Umständen dazu nicht wohl im Stande sehe; so müße Er seine Meinung nur kurz ad Protocollum äußern; quoad actionem institutam trete Er, und daß dieselbe contra tertium possessorem nicht competire, die nachgeschobene Revocatoria aber nicht erwiesen sey, Dno. Correferenti bey. Allein auch davon abstrahirt, so seye er mit beiden Herrn Referenten dahin einverstanden, daß exceptio praescriptionis eintrete; müße aber darin a Dno. Referente abweichen, und Dno. Correferenti beitretten, daß dieser Exception defectus bonae fidei nicht obstire. Aus diesem Grunde, und bei der, wann jegewis in diesem Fall eintretenden praescriptione litis pendentiae stimme Er cum Dno. Correferente ad absolutoriam ab actione compensatis expensis.

D. à Ditfurth. cum voto praecedente, und wann es, wie Er nicht glaube, nöthig seyn würde, sich ad quaest. 7mam einzulaßen; so wurde Er auch hier dem Voto eventuali jedoch mit Ausnahme N. 2 et 3. ad Litt. D. beistimmen.

D. à Balemann müße sich in dieser äußerst wichtigen in mancherley Gründe pro et contra verflochtenen Sache sein Votum nachzubringen, und hiezu Spatium deliberandi vorbehalten, auch hierzu die nächst einstehende Ferien gebrauchen.

D. ab Hommer in dieser von beiden Herrn Referenten so stattlich ausgearbeiteten Vorträgen finde sich D. votans der Meinung des Herrn Correferenten beizupflichten bestimmt, da ihm sowohl in puncto actionum als praescriptionis angeführte dessen Gründe besonders einleuchtend wären, annebst auch der vermuthliche Umstand, daß ein vorgegangener Vergleich dem langen Stillschweigen der Kläger zum Grunde

liege, die Sache noch mehr erhebe. Blos mit Ausstellung seiner Abstimmung über die vom Herrn Correferenten aufgestellte 7te Frage, trete Er daher im übrigen den sämmtlichen Conclusionen des Herrn Correferenten vollkommen bey.

Hinc differebatur Conclusum.

Aus dem Voto des H. Referenten von Globig.

§. 10.

Zu den Formalien des Prozesses gehört endlich noch die Frage:

Ob nicht dem im Jahre 1794. erneuerten Prozeß die Verjährung im Wege stehe? ich meine nicht die vor angestellter Klage etwa schon vorhandene Praescription, welche zur Erörterung der Hauptsache gehöret; sondern die in L. F. cod. de praescript. 30. vel 40. annor. et L. 1. §. 1. Cod. de annal. except. bei allen gerichtlich anhängigen Klagen bestimmte Verjährungszeit. Zwar glaube ich, daß bei der Extrajudicial Deliberation de 13. August 1794. auf welche der Hohenlohische Anwald sich der Ordnung zu bedienen, und diesen alten Prozeß zu reassumiren angewiesen ward, diese Art der Verjährung in vorliegendem Fall für unstatthaft; wenigstens für zweifelhaft angesehen worden sey: allein die erkannte Citatio ad Reassumendum schneidet doch die fernere Einrede nicht ab, diese wird von dem Würzburgischen Anwald in der Wiederlegung (177) §. 52. ingleichen in recessu Scripto (179) ausdrücklich vorgebracht, und damit begründet: „daß nach Abgang des Rosenbergi-„schen Mannsstamms im Jahr 1632. bei der darauf erfolg-„ten Consolidation und öffentlichen Besitznehmung, auch nach-„herigen neuen Belehnung der Grafen von Hatzfeld, das „hohenlohische Haus — wenn die alte Streitsache nicht für „verlassen erklärt seyn sollte, litem hätte reassumiren, oder „wenigstens eine gerichtliche Anzeige, oder Verwahrung ein-

„bringen sollen; und daß, weil solches nicht geschehen, dem „Hochstift Würzburg von 1632. bis 1794. eine neue 150 „jährige Praescription erwachsen sey,“ wobey jedoch zu bemerken, daß die Sache in den Jahren 1618. 1619. 20. 21. und 1749 teste protocollo in Anregung gekommen seyn müße.

Diese Einrede hat Vielen Anschein: ich kann meines Orts die Anwendbarkeit jener Verjährung bei den Reichsgerichten nicht so schlechterdings verwerfen, wiewohl einige mit dem Mynsinger (a) dafür halten: in consistorio imperialis camerae instantiam perpetuo durare, und besonders bei Reichsständischen Prozeßen dieser verjährung nicht statt geben. cf. Hoffmann l. v. Prax. III. S. 86. v. Cramer T. II. obs. 445.

Tafinger sezt in seinem Institut: jurispr. Camer. Sect. IV. tit. 1. pag. 593. den Grundsatz fest, „quod lite, „in Camera semel contestata, sed non continuata, ex„ceptio praescriptionis nullum habeat locum, sed lis „semper readsumi possit.“ Er bezieht sich deßhalb auf zwey academische Abhandlungen, die eine von Hofmann (b), die andere von König von Königsthal (c). Eben diesen Satz wiederholt der Herausgeber des Reichshofraths in Justiz und Gnaden Sachen Th. III. S. 180. und bestätigt solche mit einer Reichs Hofraths Sentenz vom 17ten Februar 1785. allein der hiebey angeführte Grund, daß mala fides per litis contestationem entstehe, dadurch aber nach dem bey beiden höchsten Reichsgerichten in materia praescriptionis geltenden Canonischen Recht, alle Verjährung gehemmt

(a) Cent. II. observ. 48.

(b) Diss. sistens positiones ex diverso jure. Giessae 1729. posit. 42. p. 13.

(c) Specim. inaug. de praescriptione forens. in Camera S. R. J. semel coepta praescriptioni non obnoxia. Altorf 1773.

werde — paßt meines Erachtens nicht: denn jene nachtheilige Folge der litis contestation beziehet sich auf den von Beklagtem Theil zu leistenden Nutzungs Ersatz, und unterstellt immer den Fall, daß der Beklagte condemnirt werde. Ist also nur mala fides ex eventu futuro judicanda, wie läßt sich also diese schon im voraus behaupten, ehe noch das Endurtel erfolgt ist?

Bis dahin streitet vielmehr die rechtliche Vermuthung für den Beklagten, oder sie bleibt wenigstens zwischen beiden Partheyen gleich getheilt, so daß man keine pro temerario litigante achten kann. Der Richter müßte also hiernach immer noch die Hauptsache prüfen, und bestimmen, ob der Beklagte schuldig sey oder nicht? — um diese Verjährungs Einrede annehmen oder verwerfen zu können:

Dies liese sich aber bei einer nicht ausgehandelten Sache gar nicht thun, und wäre überhaupt der Absicht jenes Gesetzes zuwider, welches den Grund der Verjährung der Litispendenz in der Nachläßigkeit des Klägers sezt, und die Prüfung der Hauptsache eben durch den Ablauf der Verjährungszeit ausschließen will. In thesi kann ich daher die Anwendbarkeit jenes deutlichen Gesetzes, deßen Observanz auch von mehrern bewährten Schriftstellern *) bezeugt wird, nicht verwerfen wiewohl mir aus ähnlichen Fällen z. B. me ipso Referente in causa Werthheim c. Brumbach Cit. ex L. si contendat de anno 1697. bekannt ist, daß majora dieses hohen Senats, und wahrscheinlich majora totius collegii cameralis, diese Art der Praescription nicht zulassen wollen. Allein in hypothesi findet sie um deßwillen nicht statt, weil es nicht culpa actoris, sondern

*) Mevius p. VIII. decis. 439. Lynker respons. 32. Hertius Respons. 133. n. 13. et resp. 427. n. 16. Carpzov. decis. illustr. 218. Lauterbach colleg. pand. Lib. 44. tit. 3. §. 9. Pufféndorf P. 1. obs. 117.

culpa judicis ist, daß die Sache nicht schon Anno 1640. entschieden wurde.

Justinianus ahndet nur in dicta lege fin. C. de praescript. 30 vel 40 annorum taciturnitatem medio tempore adhibitam; er spricht nur de iis, qui litem implere per quosdam casus fuerint praepediti. Dies kann also nicht von einer ausgehandelten zum Urtel geeigneten Sache gelten, und die Saumseeligkeit des Richters darf dem Kläger nicht zugerechnet werden *). Jede Civilverjährung ist bekanntlich nur Strafe der Nachläßigkeit: wo diese fehlt, kann auch keine Verjährung statt finden. Daß Kaiser Justinian blos die versäumniß der Pathie in medio tempore litis im Sinn gehabt, und an eine so langsame Justitzpflege, wie die unsrige, gar nicht gedacht habe, folgt deutlich ex l. 13. C. de judiciis wo eben derselbe jeden Richter zu Beendigung der Civil-Prozesse die Frist von 3 Jahren bestimmt.

Ist auch gleich bey der langsamen Entscheidung der Kammergerichtlichen Prozeße die Sollicitatur zu einem nothwendigen Uebel geworden; so wird sie doch den Partheien gesezlich nicht zur Pflicht gemacht; sie ist nur juris permissivi; da vielmehr jeder Referent seine Sachen, ohne Rücksicht auf Sollicitatur, nach Ordnung der Zeit und des verschiedenen privilegii causarum, vortragen soll. Dem Kläger kann also nicht zur Last fallen, wenn er die Entscheidung seiner Sache durch einen Maturations-Receß oder eine Supplik zu betreiben vergessen hat.

Die hier untersuchte Frage über die Verjährung der litispendenz scheint zwar nur dann erst einzutreten, wenn die angestellte Klage an sich einer Verjährung fähig ist? Allein dies leztere ist im vorliegenden Fall, wie schon in facto bemerkt worden, eine sehr bestrittene Rechtsfrage;

*) Vid. imprimis Mevius l. c.

worüber ich mich bey Erörterung der Hauptsache äußern werde; es läßt sich auch hiernächst behaupten, daß die Pfandklage, sobald sie angestellt sey, ihre sonstige Unverjährbarkeit verliehre; — und daher hielt ich für schicklich, die Einrede der verjährten Litispendenz, welche als exceptio reasumtionem litis impediens zu betrachten ist, hier bey den Formalien des Prozesses vorläufig zu beseitigen. Sollten verehrliche majora auf diese Einrede Rücksicht nehmen; so würde, weil solche erst in der leztern Würzburgischen Schrift vorgebracht worden, der klagende Theil, der noch manches zu seiner Entschuldigung anführen könnte, zuvorderst darüber zu hören seyn. — — — —

Da ohnehin der 30jährige Krieg, die französische Kriege de 1663 bis 79. 85 — 92. 1701 — 14. 1735 und 1740, imgleichen der siebenjährige Krieg 1755 — 63 die Verjährung sistiren, so würden, wenn noch einige andere Hinderniße dazu treten, nicht einmal ein tempus continuum von 40 Jahren herauskommen?

Aus dem Voto des Hrn. v. Gruben.

Pass. Concern.

§. 82.

Gesetzliche Vorschriften über das fatale finiendarum litium, et praescript. litis pendentiae.

In dem gemeinen Rechte giebt es bekanntlich mehrere Gesetze, die das sogenannte fatale finiendae litis enthalten, d. h. nach deren Vorschrift der Rechtsstreit binnen gewisser Zeit beendigt, wenigstens nicht durch die Schuld der Parthie aufgehalten werden soll. — Unter diesen zeichnet sich l. 13. §. 1. de judiciis aus; Justinian sagt darin: „properandum nobis visum est, ne lites fiant pene im„mortales, et vitae hominum modum, excedant.“ Er verordnet demnach, daß alle Criminal-Sachen binnen zwey,

die übrigen aber, welcher Gattung sie seyn mögten, blos die Fiskalischen ausgenommen, binnen drey Jahren beendigt werden sollen: „censemus itaque omnes lites — — — non ultra triennii metas, post litem contestatam esse protrahendas.“

Diese Vorschrift galt für die in erster Instanz angebrachte Klagen; die Appellationen sollten gar binnen eines Jahres Frist geendigt seyn. L. ult. §. 4. C. de temp. et reparat. appellat. ibique auth. *Ei qui* clem. 3. de appellat.

Diese Gesetze waren eigentlich für den Richter selbst bestimmt; der Gesetzgeber supponirte, daß gegen des Richters Wille keine Parthey den Prozeß aufhalten könne. Justinian sagt in dict. 1. 13. v. fine „hoc etenim judi„cialis magis esse potestatis nemo est, qui ignoret, „nam si ipse noluerint, nullus tam audax invenitur, „qui possit, invito judice litem protelare.“ Schon damal entsprach aber der Erfolg dieser Ueberzeugung nicht; die Partheien suchten die Streitigkeiten in die Länge zu schieben, und hierdurch ward Pabst Honorius III. in Cap. 20. X. de judiciis veranlaßt, in einer besondern, an ihn gebrachten, angeblich durch cavillationes et subterfugia über das triennium aufgehaltenen Rechtssache zu erkennen: „daß der judex delegatus nicht praecise an das triennium zur Entscheidung dieser Sache gebunden seyn soll.“ Schon gleich nach Publikation dieses Erkenntnißes entstanden darüber Klagen, weil hierdurch die Weisheit des Justinianeischen Gesetzes durch unnöthige Verzögerung der Prozeße ganz verkannt wurde. M. s. die Note des J. H. Böhmer ad hoc capitulum in ejusdem Corp. Juris Can. Tom. 2. p. 227.

Zweifelhaft war es auch, ob diese Vorschrift für alle künftige, oder nur für diesen besondern, an den Pabst gebrachten Fall entscheiden sollte; wenigstens giebt es viele

scharfsinnige Kommentatoren, die nur das leztere behaupten, und der Meinung sind, daß das jus canonicum hierin keineswegs dem jure civili derogire. M. s. Deckherr in vindiciis Tit. 25. n. 77. p. 169 ibique allegati commentat. J. Can.

Mit diesen Gesetzen haben indessen die spätere ebenfalls von Justinian herrührenden geseȥlichen Vorschriften l. ult. C. de praescr. 30 vel 40. annor. — und l. 1. §. 1. C. de annal. except. durchaus nichts gemein — Es ware einmal festgeseȥt, daß alle persönliche Klagen binnen 30 Jahren verjährt werden könnten (vid oben §. 71. seq. seq.), daher entstand die Frage, ob dies auch jene Klagen treffe, die bereits bei Gerichte eingeführt, alsdann aber auf jeweilige Art ins Weite gespielt würden und nachher 30 Jahre ohne Erkenntniß liegen blieben. — Der Gesetzgeber entscheidet, „daß in allen Klagen, worinn die Parthey binnen „40 Jahren nicht mehr gehandelt, und auch kein Erkenntniß „erfolgt sey, die Klage ihrer Einführung ungeachtet für erloschen zu achten, jene 40 Jahre aber entweder von der „Zeit des lezten Erkenntnißes oder von jener, da die Parthien ganz geschwiegen zu rechnen seyen." Soweit die Gesetze über das fatale finiendarum litium!

§. 83.

In wie fern diese Gesetze am Kam. Ger. üblich seyen?

Ob diese Gesetze noch in Teutschland üblich seyen, und ob das Kammergericht insbesondere sich daran zu binden habe, ist unter den Kommentatoren gewissermaßen streitig; so viel die mehresten teutschen Gerichtshöfe betrifft, ist es wohl sicher, daß sie durch eigene von dem gemeinen Rechte mehrentheils abweichende Gerichtsordnungen gebunden sind, und daß das fatale triennii et rsp. biennii bei ihnen (mit etwaiger Ausnahme der neuen Preußischen Gesetzgebung) schwerlich irgend ganz in Uebung sey, mithin auch das

Kammergericht in Appellationssachen darauf nicht acht gebe. M. s. Deckherr vind. loc. Cit. p. 170.

Ist aber die Sache einmal am Kammergericht auf irgend eine Art rechtshängig, so entsteht die Frage: „in wie fern dasselbe an die obigen Gesetze gebunden sey? — So viel das fatale triennii betrifft, liefert uns Barth. in Vol. 1. Sententiar. p. 152a. folgendes Urtheil vom 1. Jul. 1499 (welches also 3 Jahre nach der Errichtung dieses Gerichts ergieng: „Ist zu Recht erkannt, mögen oder wollen „die genannten, soviel zu Recht Noth ist, beweisen, daß „die Satzung des Rechten der Endung der Instanz „in dreien Jahren durch gemeine Uebung und Brauch „gethan sey, das soll gehört werden, und sie thun das „oder nicht, fürter ergehen, was Recht ist." Hieraus folgert Deckherr a. a. O. es sey keineswegs die Abschaffung jenes Gesetzes am Kammergericht fest angenommen; doch ist wohl natürlich, daß die nachher entstandene Menge der Prozeße, und selbst die Verfassung und Vertragsart unmöglich die Beendigung der Streitsachen binnen drey Jahren zulasse, mithin auch jenes fatale triennii, wie, Tafinger J. J. C. Tom. 2. §. 91. p. 752. sagt, bey dem Kammergericht nicht mehr in Uebung sey; ob dies aber sich auf den l. fin. C. de praescr. 30 vel 40 annorum beziehe, ob auch dieser für nicht existirend am Kammergericht zu halten sey, zumal alsdann, wenn die Parthey selbst in mora ist, darüber läßt sich sehr viel sagen. — Der seelige Kammergerichts-Assessor v. Cramer in sein: observ. Tom. 2. obs. 445. p. 12 sq. behauptet geradezu: L. fin. C. de praescr. 30 vel 40 annor. seu praescriptionem quadragenariam contra actiones in litem deductas in Camera imperiali in usu non esse — Er bezieht sich deshalben auf mehrere Autoren, Böhmer, Mynsinger, Blum, Stryk und Grafs, wie auch auf ein Urtel von 1741, welches aber keine rationes decidendi enthält. — Cramer fand indessen

im Jahr 1784 an dem Herrn Collega v. Ditfurth in Sachen Teutschorden c. Speyer einen sehr tapfern Widersager. Lezterer zeigte es handgreiflich, daß Cramer den l. 13. C. judiciis, so das fatale triennii mit dem vorgedachten l. s. c. verwechselt habe, daß auch alle von ihm allegirte Autoren nur von jenem triennio sprachen, und der Parthey nothwendig keine Schuld geben konnten, wenn der Richter selbst an dem Verzuge Schuld trage; — Herr von Ditfurth zeigte alsdann, daß jenes neuere Gesetz noch allerdings in usu sey, und er schilderte mit sehr lebhaften Farben die traurige Folgen, die oft durch Vernachlässigung der Prozeße auf ganze Generationen wirken müßten, wenn solche Prozeße reassumirt, und prout acta jacent, ohne Rücksicht auf etwaige Vergleiche, auf Mängel an gehörigem Unterrichte entschieden werden sollten, wobei er den, uns allen bekannten traurigen Ausgang der Stoplerischen Sache als Muster aufstellte, und behauptete, es würde jezt kaum ein Prozeß so ausgehen, wie er vor Jahrhunderten ausgegangen seyn würde. Ein Theil seines schönen Voti ward nachher in den von dem Advokat Hofmann anno 1786 zu Göttingen herausgegebenen observationibus juris et processus Cameralis obs. 9. p. 44. sq. sq. mit ausgedruckt. Dagegen hatte ein gewisser Schütte von Bremen zwey Jahre vorher ebenfalls eine Inaugural Dissertation zu Göttingen sub rubro = de praescript. litis pendentiae in germania tum generatim, tum in Specie quatenus in Supremis imperii tribunalibus usu servari potest = 1784 herausgegeben, deren wahrer Verfasser der verstorbene Professor Brandis war, wie er mir es selbst, da wir hier im Jahr 1784 mit einander practicirten, versicherte. — Ich habe damals die Dissertation gelesen, und mich von ihren Gründen nicht überzeugen können. Jezt besitze ich sie nicht, finde sie aber in Professors Reuss Reichs ger. Beitr. 1. Th. p. 426. n. 6. ausführlich genug angeführt. — Seine beiden

Sätze sind folgende: 1.) praescriptio litis cessante ejus causa non currit, und 2.) causa praescriptionis cessat, si inter litigantes judex jus dicere nequit.

Dieselben beweisen aber offenbar zu viel, mithin nichts.

§. 84.

Praescriptio litis pendentiae hat bei dem K. G. zumal, wenn culpa partis eintritt, noch immer statt.

Wenn ehemals über diesen Gegenstand gesagt werden konnte: „das Kammergericht sey nicht wegen der Menge „seiner Beschäfftigungen, die nur ein bloses accidens wäre, „sondern blos darum nicht an die fatalia finiendae litis „gebunden, quia consistoria summi principis, et judicia „suprema, qualis esset camera, ad eorum observatio„nem non ligentur.“ M. s. Roding Pand. Cam. lib. 1. tit. 29. §. 3. So erregt dies eher Mitleiden, als Beifall; warum soll denn ein höheres Gericht nicht so gut, wie ein geringeres, seine Gesetze haben? und was ist ein Gericht ohne Gesetze? — Sehr treffend sagt über diesen nämlichen Fall Deckherr in vindiciis l. cit. p. 171. seq. seq. „Verum, „quia Camera legibus non soluta sicut princeps, sed „in omnibus, et per omnia alligata, fallor, si non „Verius de jure cameram fatalibus quoque observandis „adstrictam, sicut et universo juri communi Speciali„ter non mutato; accedit et illud, si Camera fatalia „observare non teneretur quae jure praescripta, ergo „nec interponendae nec prosequendae appellationis, „quod absurdum.“ — Deckherr zeigt hierauf, daß das Kammergericht in allen Fällen, wo nicht besonders durch die Reichsgesetze disponirt sey, sich nach dem jure communi, juxta O. C. p. 2. tit. 36. zu richten habe, und schließt endlich dahin, daß auch das fatale triennii sogar noch hier obtinire — Gail in obs. lib. 1. obs. 141. num. 7. 8. 9. seq. ist zwar nicht dieser Meinung, fordert aber von der Parthey,

daß sie sich nicht nur ein, sondern auch mehrmal auch post conclusam adeo causam durch Rezesse melden, und den Spruch betreiben soll. — Gilt die Nothwendigkeit dieser Betreibung sogar von dem fatale triennii, wie vielmehr muß es von der praescriptione quadragenaria gelten; das Gesetz ist klar, es ist nirgend abgeschafft, und schon durch die ältesten Kammergerichtsordnungen war es den Partheien vorgeschrieben, in der Sache zu koncludiren, und den Spruch zu betreiben; der J. R. Absch. §. 152 sagt sogar „daß die„jenige Sache, worin am fleißigsten sollicitirt werde, vor „allen andern zu expediren seyen;" läßt aber eine Parthey die Sache durch 40, 100 ja 200 Jahre liegen, wird nicht einmal alle 40 Jahre von der Parthei angerufen, und ist inzwischen das streitige vermögen, wie das Gesetz sagt, in fremde Hände gekommen, so mag sich es die Parthey selbst zumessen, wenn sie pro renunciata gehalten wird; ich kann hierüber unmöglich etwas besseres sagen als, was in dicta relatione in Sachen Teutschorden c. Speyer gesagt ward. — Unter den damaligen Votanten sagte Herr von Albini jun.: „Er habe nur das einzige Bedenken, daß die Exceptio „praescriptionis litispendentiae nicht opponirt sey; „Freiherr von Schmitz accedirte demselben; v. Fah„nenberg sagte, es sey bereits submittirt, und die Sache „zum Spruche reif gewesen, Freih. von Riedesel be„merkte, er sey in thesi mit dem Herrn Referent vollkom„men einverstanden; da aber hier ein neueres Urtheil im „Wege liege, welches über Präscriptionseinrede hinausge„gangen sey, so müsse er sie, wenn solche sat leviter, als „verworfen ansehen." D. à Balemann überging die Frage ganz mit Sillschweigen in seinem voto, hat sich aber doch bei anderer Gelegenheit für die Anwendbarkeit der l. fin. C. de praescr. 30 vel 40 annorum erklärt *),

*) Dies war — wie ich nachher fand — in caus. von Schwarzenberg c. Würzburg, wo Hr. v. Balemann, und von Globig

und noch vor wenigen Jahren bei Gelegenheit, da das Kammergericht seinen Wohnsitz verlegen wollte, den scharfsinnigen Vorschlag gemacht, alle Akten hier zu belassen, worin in 40 Jahren nicht angerufen sey. — Wenn es also auch nicht zur Anwendung in jener Teutsch-Ordenssache kam, was der Herr Referent vorschlug, so war man doch super principio mit ihm dahin aufs wenigste einverstanden, daß wenn culpa partis unterlaufe, die Verjährung eintrete, und daß hierauf, wenn besonders darum angetragen sey, vom Richter Rücksicht genommen werden müsse. — Wollte man daher das Brandische principium unbedingt annehmen, so würden die Partheien an gar kein fatale hier gebunden seyn; die angeblich cessirende causa praescriptionis, daß der Richter nicht sobald Recht sprechen könne, würde die Folge haben, daß die Partheien sich hier alles erlauben, an keine Termine halten, und keine Prozeßordnung beobachten dürften, und das ging doch zu weit. — Hätte das Kammergericht diese Grundsätze adoptirt, so würde es im Jahr 1786. nicht so viele Verordnungen zur frühern Konklusion der Judicialsachen erlaßen haben, es würde sich nicht so genau an den Terminen halten, obgleich mehrere Stände sich öffentlich darüber beschwerten; daß man es zu streng nehme, wo doch das Gericht nicht alle Sachen zugleich entscheiden könne. Es muß einmal im Universum Ordnung der Dinge, Gewißheit des Eigenthums seyn, das ist der Grund aller Praescription, und ich kenne keine Gründe, die die praescriptionem litis pendentiae als eine, auf dem Gesetze ruhende Vorschrift

---

beide auf der Anwendbarkeit der praescript. litisp. 30 vel 40 annor. bestanden und ersterer sogar behauptete, daß der L. 13. Cod. de judiciis noch nicht ausser Uebung sey; — in dem obigen Falle ward auch contra Würzburg auf die praescriptionem litispendentiae erkannt.

minder strenge, als jede andere Verjährungsart in thesi beurtheilen ließen.

Aus dem voto des Freiherrn von Schmitz.

Paſs. Concern.

Nun kommt nach diesem allem die so erhebliche praescriptio litis pendentiae hinzu:

Wann erwogen wird, daß Klägere nach der Anno 1578 in Camera angebrachte Klage und nachher, nach weiterer Verhandlung post Sententiam von 1607 bereits anno 1613 ad acta submittiret, und in causa concludiret ware, erst dermalen, nach 180 Jahren, diese Sache wieder reassumirt werden will, so stehet ihnen offenbar praescriptio litis pendentiae entgegen.

Nro. D.

Auszug aus dem Protokoll des 2ten K. K. Gerichts Senats Protokoll v. 19. Dec. 1798.

Sub Praes. Ill. et ex D. C. J. Jud. S. R. J. Comitis ab Oetingen Wallerstein etc. Praes. D. Aſs. a Globig, L. B. a Schmitz, L. B. a Riedesel, L. B. a Ditfurth, L. B. a Balemann, L. B. a Gruben, L. B. ab Hommer etc. etc.

Auszug aus dem Correlativischen Vortrag des Hrn. Aſs. v. Gruben.

§. 85.

Um nun hiervon ad Casum substratum überzugehen, so ist es ex facto bekannt, daß Lt. Biſsing eigends darum gebeten hat, auf die praescriptionem litis pendentiae Rücksicht zu nehmen, worauf ich schon von Amtswegen zu

sehen, mich ohnehin verbunden hielt, es ist ferner aus dem Protokoll der Acten zu ersehen, daß Würzburg Ao. 1613. am 4. Juny seine conclusiones finales (158 159) producirte, der Hohenlohsche Anwald reservirte sich hierauf fernere Handlung, und ohngeachtet der Würzburgische procurator widersprach, so reservirte sich Hohenlohe 8 Monate hernach, sc. am 28. Febr. 1614, dennoch fernere Handlung, und seitdem ist durchaus nichts mehr im Protokoll vorgekommen, nicht einst zum Spruche förmlich submittirt worden, wie es doch nach der KGts. O. P. 3. tit. 21. 22. 23. als ein nothwendiges Stück zum Prozeß erforderlich ist; diesem Mangel ward auch nachher nicht abgeholfen, als der J. R. Ab. §. 55. die Nothwendigkeit der Submission ausdrücklich nochmahl vorschrieb, es darf vorher so gar nicht einst referirt werden, „ne partes" wie Textor ad R. J. disp. 4. §. 73. sagt; „conqueri possint, se per festinatam et causa non sat cognita latam Sententiam laesas esse." — Es bedurffte indessen einer förmlichen Auffoderung zur reassumtion des Prozesses, um Hohenlohe auf die, längst vergessene Sache aufmerksam zu machen, und nun erst, da man sahe, daß statt der, von Hatzfeld beseßenen alleinigen 5. zuerst eingeklagter Dörffer, man noch zwei andere, von Würzburg inne habende fodern könne, so erhielt Dr. v. Zwierlein Auftrag zur Reassumtion; er bat am 10. Nov. 1794 um einen Termin zur redintegration der Acten, und reservirte sich competentia, weil die gegenseitige Handlung vom 4. Juny 1613 dießeits unbeantwortet geblieben sey, alsdann aber submittirte er erst am 24. April 1795, mithin nach dem Verlauf von mehr als 180 Jahren, binnen welchen gar nichts verhandelt ward.

Er bat zwar Successive siebenmahl um Beförderung der Urtheil, brachte aber demohngeachtet am 15. Dez. (165) eine neue Beantwortung respec. deduction mit 17 Beilagen, und am 6. Febr. 1796. einen Nachtrag mit 7 Bei-

lagen vor, die meist noch nicht vorgekommen waren, — er bat, darauf in judicando zu reflectiren, brachte aber übrigens durchaus keine Gründe bei, aus welchen rescissio conclusionis erfolgen möge. — Die Anlagen waren alle von älteren Zeiten, Hohenlohe konnte und mußte sie also Ao. 1613 besser, als izt, produciren können, soll aber izt darauf, nach der Hohenlohischen Bitte, Rücksicht genommen werden und sind sie würcklich so erheblich, wie das auch in manchen Rücksichten nicht geläugnet werden kann, so hätte Ao. 1613. nach diesen Grundsätzen kein Urtheil erfolgen können, und so war denn Hohenlohe offenbar während 180 Jahren in mora agendi, der Richter hatte keinen Theil daran, weil nicht zum Spruche submittirt war, auch keine der Partheien den Spruch betrieb, und so wird denn wohl keiner zweiflen, daß Hohenlohe dem Einwurffe des Verlustes der Klage propter praescriptam propria culpa litis pendentiam nicht entgehen könne. Waren auch im vorigen Jahrhundert mehrere Kriege, war auch das Kammergericht je zuweilen in Unruhe, und durch innerliche Dißidien getrennt, so hörte dies alles doch im Jahr 1713 auf, nach welchem bis izt die Justiz-Pflege ununterbrochen fortwährte, und selbst durch den Siebenjährigen, und den dermahligen französischen Krieg nicht aufgehalten ward, — v. 1713 bis 1753 verflossen schon 40 Jahre, ehe sogar der Siebenjährige Krieg anfieng, und es ist auch nicht daran zu zweiflen, daß, wenn auch interruptio praescriptionis durch den Krieg erfolgt wäre, diese dennoch bei eintretender Ruhe wieder continuiren müsse, wo sie abgebrochen ward, und daß überhaupt, in einem solchen Falle, keineswegs 40 Jahre, ohne aufzuhören, zur Vollendung der Verjährung erforderlich seyen. rc. rc.

N^ro. I.

Auszüge

aus dem Protokoll des 2ten K. K. Gerichts Senats vom 16. Jan. 1799. Die Gebrüdere Grafen nunmehro Fürsten von Hohenlohe contra Herrn Julium Bischofen zu Würzburg in specie die Ablösung von 7 Dörfern betr.

Praes. D. Afs. a Globig Rfto., D. Afs. a Gruben Corref., Afs. L. B. a Schmitz, Afs. a Riedesel, Afs. a Ditfurth, Afs. a Balemann, Afs. ab Hommer. — Appellius Dnus Corref. legebat Votum suum Correlativum. Fol. 6. adjacens, D. L. B. a Schmitz seye mit den in voto correlativo enthaltenen Gründen vollkommen einverstanden. D. L. B. a Riedesel pariter, D. a Ditfurth, quoque.

D. a Balemann. Nach dem in der vorhergehenden hiermit verbundenen Reluitions Sache schon entschieden worden, daß die praescriptio quadragenaria in litem deducta statt habe, und diese in dem gegenwärtigen Prozeß ebenfals eintrette, so müsse D. V. jedoch blos in dessen Gefolg hiernach gehen, und habe also nicht nöthig, sich über eine verjährte Klage zu erklären. Uebrigens trete er unter Beziehung auf sein voriges Votum, worinn er bereits darauf angetragen, der Meinung beider Herrn Referenten bei, die Frage über den Gebrauch des L. fin. cod. de praescr. 30. v. 40. Ann. ad Plenum zu bringen, welches jedoch D. V. dahin verstehe, daß diese Frage blos in thesi, unabhängig von der gegenwärtigen Entscheidung, zur proposition gelange, wo denn jedem Mitglied des hohen Pleni unbenommen bleibe, sich über dieses Gesetz tam quoad casum morae ex parte judicis quam partis zu erklären; Wegen den vielen hinc inde abgehaltenen Rezessen würde D. V. auf eine Strafe gegen die Anwälde antragen, wenn nicht

Lt. Loskundt vor einigen Jahren gestorben, Lt. Bissing, der nur 2 Rezesse abgehalten, sich dieser Sünde nicht theilhaftig gemacht, und D. V. den andern noch lebenden Hohenlohischen Anwaldt, um Gleichheit in Acht zu nehmen, nicht allein in die Straffe nehmen wolle, D. ab Hommer trete dem Voto des Herrn Corref. bei.

Conclusum

per majora, daß das Hochstifft Würzburg von der unerwiesenen, unstatthafften, auch verjährten Klage zu absolviren seye, compensatis Expensis etc.

Sententia.

In Sachen ꝛc. In Specie die Ablößung des Gerichts Lautenbach betr. In allem An- und Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß Hr. Beklagter von der angestelten unstatthafften, unerwiesenen, nnd verjährten Klage zu absolviren und zu entledigen seye; Als wir hiermit absolviren, und entledigen, die Gerichtskosten derentwegen aufgelaufen, aus bewegenden Ursachen gegeneinander kompensirend und vergleichend.

Votum praecursorium D. Ass. a Globig. Ich hatte mein Votum in dieser Sache schon vollendet, ehe die 7 Dörffer, Sache inter easdem zur Entscheidung kam, halte aber izt für überflüßig solches abzulesen, da die per majora Senatus selbst bei ausgehandelten zum Spruch geeigneten Sachen, angenommene Verjährung der Litispendenz schon alles entscheiden, und die Kläger a limine Judicii zurückweisen muß. Denn auch hier ist der, bis zur quadruplic verhandelte Rechtsstreit auf 190 Jahre von 1603 bis 1794 still gelegen, ohne daß von einer Gerichtl. oder Außergerichtl. Anregung constiret. Mir scheint es daher unnütz, noch vor der Statthaftigkeit und dem Beweis der Klage etwas zu sagen.

Da jedoch vielleicht einige Hr. Votanten diese Verjährung in gegenwärtigem Fall für zweifelhaft ansehen, und vielleicht, bei jener Sache, erwähnte Verzichtleistung der Hatzfeldischen Töchter, und deren Ehemännern Gr. Christian und Ludwig v. Hohenlohe Waldenburg, für eine Entsagung auf jenen Familien Anspruch achten könnten — wiewohl ich meines Orts diese Verzicht — wovon ohnehin in diesen Acten nichts vorkommt, für keine solche Entsagung, besonders im Betreff der Neuensteinischen Linie, halten kann; So verlese ich meine übrige Ausführung, die sich, was die streitige Rechtsfragen betrifft, ganz auf das vorhergehende Votum beziehet, weil ich Wiederholungen, und Widerlegungen sorgfältig vermeide.

Zugleich muß ich aber auch ein hohes Directorium ehrerbietigst ersuchen, die per majora entschiedenen Rechtsfragen — besonders aber jene, über die Verjähbarkeit der litispendenz — welche bei Reichsständischen Prozessen so oft vorkommt, und bisher so verschiedentlich betrachtet worden ist, in Gemäsheit des R. A. d. ao. 1570. §. 77. und des J. R. A. §. 135. seq. ad Plenum zu bringen, und durch einen gemeinsamen Schluß, (per Sctum Camerae) eine Richtschnur für die Zukunft festzusetzen, und widersprechende Erkenntniße in verschiedenen Senaten zu vermeiden.

Auszug aus der Correlation des H. Ass. v. Grüben.

ꝛc. ꝛc.

Die Except. praescriptae litis ist ebenfalls hier anwendbar.

§. 5.

Gemäs deren in der vorigen Sache, die Losung der 7. Dörffern betr. abgelegten einhelligen Abstimmungen ist es, so wie auch im Jahr 1793. in Causa Würzburg c. Schwarzenberg in hocce senatu festgesetzt, daß die prae-

scriptio quadragenaria allerdings eintrete, wenn culpa partis vorhanden sey, auch deshalben damals Würzburg der Beweiß auferlegt worden, warum es so lange geschwiegen habe. — So viel aber die Anwendung dieses Falles betrifft: quando nempe subintret culpa partis? ist es per majora jüngsthin angenommen worden, daß Hohenlohe darum in culpa seu mora agendi sey, weil sein Prokurator sich auf die Würzburgische conclusiones finales Handlung vorbehalten, diese aber, binnen 180 Jahren weder beigebracht, noch, gemäs der gesezlichen Vorschrift, eigends submittiret habe, — in gegenwärtigem Falle treten allerdings die nemlichen Gründe ein;

Auf die von Hohenlohe übergebene triplic (42) hatte Würzburg offenbar das Recht, zu quadrupliciren, es war hier von keinem Mandats Prozesse die Rede, wo dem Kläger das lezte Wort gebührte; die quadruplic ward also beigebracht, und ihr dazu noch der Kaufbrief von 1388 beigelegt, auf dessen Innhalt so viel ankam, und dessen Mangel Hohenlohe durch ein weitläuftiges ZeugenVerhör zu ersetzen bedacht war. Der Hohenlohische Anwaldt Kremer behielt sich daher gleich, zur Gegenhandlung, 8 Monate, zur recognitione Sigilorum aber 3 Monate bevor, da aber Lit. Streit die recognition in proxima verlangte, so hielt Kremer am 24. oct. 1603, mithin einen Monat später, einen fernern Receß ab, worinn er die quadruplic ab actis zu verwerfen bat, é contre aber sein voriges petitum um Handlung wiederholte; Kremers Meinung war also offenbar nicht jene, daß er auf die Würzburgische Handlung reflectirt haben wolte, ohne erst seine Antwort beizubringen. Er sagte ausdrücklich, daß im Falle, da sie bei den Acten bleiben sollte, er sich nach dem vorigen petito fernere Handlung vorbehalte. Nun war es aber legis, eine nicht verspätete Handlung bei den Acten zu lassen, es kam auch auf diese Handlung um so mehr an, als sie die wichtigste

Urkunde enthielt, und es des Klägers Pflicht war, sich darauf, als auf das wahre fundamentum agendi, zu erklären. Seine Bitte um rejection war also ein ahndungswürdiges petitum, maxime absurdum, und, daß es ihm kein Ernst damit war, beweißt seine eventuelle Wiederhohlung des Fristgesuchs ad agendum.

Seit 190 Jahren ist aber nun wieder keine Handlung, noch weniger eine Submission erfolgt, die doch, nach den, von mir (§. 85.) angeführten Gesetzen, pure geschehen mußte; vielleicht würde auch noch in eben so vieler Zeit die reassumtion litis nicht erfolgt seyn, wenn ein früher Todt nicht den Fürst v. Hatzfeld aus der Welt geraft, der Hr. extrajudicial Referent die Hrn. Kläger nicht auf den alten Prozeß aufmerksam gemacht hätte, bei dessen Aufsuchung sie auch den jetzigen zufällig aufgefunden haben mögen, ohne von ihm — da er mit jener Sache, mit dem todte Hatzfelds gar keine Verbindung hatte, — vielleicht bis dahin eine Spur gekannt zu haben. — Das Gesetz rechnet die praescript. quadragenariam immerhin von der Zeit, da kein Erkenntnis erfolgte, oder da die Parthei gar nichts mehr verhandelte; es sagt keineswegs, daß im leztern Falle der zurückbleibende Theil mit der Handlung praecludirt seye, und, prout acta jacent, gesprochen werden solle; Hierzu bedurfte es keine 40 Jahre, und wir haben ja darüber am K. Gericht ältere und neuere Gesetze, die diese praeclusion bestimmen. — Ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Alles kommt daher auf die Anwendbarkeit dieses Römischen Gesetzes in Thesi an, und diese Anwendbarkeit ist, wie gesagt, in hocce senatu totidem per unanimia anerkannt; das heißt, es ist festgesetzt, daß jener lex nicht durch unsere Verfassung abolirt sey; traurig müßte es auch um die Justizpflege aussehen, wenn ein jeder Rechtsstreit nicht wenigstens binnen 40 Jahren geendigt werden könnte. D. a Balemann sagte sogar mit Voet in

praedict. Ca. Würzburg c. Schwarzenberg: daß die Vorschrift L. 3. cod. de Judiciis circa litem triennis finiendam nicht außer Uebung sey! Bei der letztern Visitation behauptete der Oestreichische Subdelegatus mit vielen Beyspielen, daß in criminalibus, nach jenen Gesetzen, lis biennio praescribirt, und dies am KGericht angenommen sey. — Kann man noch diesen L. 13. cod. hier anwendbar finden, wie vielmehr muß es der L. ult. cod. de praescr. 30. v. 40. Ann. seyn!

Ich verehre alle Conclusa pleni, kann mich aber nicht überzeugen, daß das plenum berechtigt seyn könne, bestehende deutliche Gesetze umzustossen, und sich auf diese Weise legislatoriam potestatem beizulegen.

Rechtscontroversen, zweifelhafte Anwendungen, auch provisorische Verordnungen für gesetzlose Fälle in Hinsicht auf ProzessForm, gehören allerdings zu einer PlenarBerathung, allein hier trifft keiner dieser Fälle meines Erachtens zu.

Wir sind einmahl an das Römische Recht, so ferne es mit den neuern Reichs Gesezzen verträglich ist, gebunden, kein Reichs Gesetz verbietet die praescript. quadragenariam, im Gegentheil kömmt manches ihr zur Hülfe, in so ferne es nemlich die terminos ad agendum abkürzt. Die Anwendung eines Gesetzes gehört eben so wenig ad plenum welches keine Richterliche Gewalt, sondern zu jedem Senate, wenn nemlich das Gesetz selbst klar ist. Aeusserstes kann ich daher für Unsern Fall annehmen, daß das plenum bestimmen möge: ob in dem Falle, da die Partheien förmlich submittiret, und nur das Gericht, durch eigne Schuld, die Entscheidung 40 Jahre hindurch habe liegen lassen, die praescriptio einzutretten habe, wenn die Parthei in diesem Zeitraum gar nicht angerufen habe? daß auch hier Sich sehr Viel für die praescription sagen lasse, hat Hr. v. Ditfurth in Causa Teutschorden c. Speier meisterhaft gezeugt,

allein ich würde meo voto hierbei in pleno den Partheien zum Gesetze machen, daß Sie wenigstens alle 40 Jahre in Causa submissa einmal anrufen sollten, um zu zeigen, daß man noch einen Spruch verlange, und die Sache nicht verglichen sey, — hierdurch könnte auch dem besorgten Schicksal, mehrere Prozesse durch ein einziges praejudiz zu entscheiden, vorgebogen werden, in tantum kann ich mir daher auch den Antrag, die Sache ad plenum zu bringen, sehr wohl gefallen lassen, und es stünde alsdann auch den ältern litiganten frei, mittelst eines einzigen Recesses, in causis submissis pro matur. Sent. einzukommen. — Allein in keinem Falle würde ich diese Wohlthat den in mora agendi versirenden Partheien gestatten, und da ich, wie vorhin gesagt, Hohenlohe für eine solche, aus den nemlichen, in alia causa angenommenen Grundsätzen ansehen muß, so glaube ich ebenfalls, daß die Hohenlohische Klage, mediante praescr. Litispendentiae, völlig extinguirt sey.

VII.

Ueber den abgeleiteten Besitz.

Von dem Herrn Oberappellationsgerichtsrathe Dr. v. Schröter in Jena.

Wenn für einen Zweig der Wissenschaft eine Untersuchung gewonnen ist, wie Savigny's Werk über den Besitz, so kann Späterforschenden nur eine geringe Nachlese übrig bleiben. Und tritt diese anspruchslos auf, so darf sie wohl so wenig den Verdacht der Anmaaßung, als den Tadel der Kleinigkeitskrämerei befürchten. In diesem Sinne ließ ich im Jahre 1826 einige Bemerkungen drucken [1]), und in demselben lege ich den gegegenwärtigen Versuch zu wohlwollender Prüfung vor.

Savigny [2]) geht bei Seiner Begründung des abgeleiteten Besitzes vom Wesen des Animus possidendi aus. Dieser ist ein Animus domini, und findet daher, wenn der Besitz durch Uebertragung vom früheren Besitzer erworben wird, nur Statt, wo dem Erwerber zugleich Eigenthum übertragen wird. Geschieht die Uebertragung in anderer Beziehung, zum Zwecke eines Obligationsverhältnisses, eines s. g. Jus in re aliena, so hat der Em-

1) Observ. jur. civ. Jenae 1826. 8. Observ. IV. De possessione quaestiones variae. p. 66 — 86.

2) Recht des Besitzes. Fünfte Aufl. Gießen 1827. S. 104 — 106. S. 278 — 308, oder, §. 23. 24. 25. Vergl. §. 47.

pfänger diese Absicht nicht. Er wird daher regelmäßig nur naturalis Possessor. Bisweilen geht aber auch hier Possessio über, und diese bildet den abgeleiteten Besitz. Denn dann beruht sie hier nicht auf einem Animus domini des Empfängers, sondern lediglich auf seiner Absicht, das ihm übertragene Jus possessionis zu erwerben und auszuüben. „Das Eigenthümliche dieses Besitzes, sagt Hr. von Savigny, liegt darin, daß ein früherer Besitzer sein jus possessionis ohne Eigenthum überträgt: demnach ist die Apprehension gar nicht von jeder andern unterschieden, auch ein bestimmtes Wollen muß mit derselben verbunden sein, aber dieses Wollen muß blos darauf gerichtet sein, das jus possessionis zu erwerben. Die Sache als eine eigene behandeln zu wollen, animus domini, ist also hier nicht einmal möglich, weil das Eigenthum eines Andern ausdrücklich anerkannt wird."

Das Besondere des abgeleiteten Besitzes beruht mithin nach Savigny auf der eigenthümlichen Gestaltung des Animus possidendi. Diese tritt nach Ihm in vier Fällen ein: beim Emphyteuta, Pignoratitius creditor, Sequester, wenn ausdrücklich Uebertragung der Possessio verabredet wurde, und beim Precario accipiens. Der Superficiar hat nach Savigny keine Possessio corporis, sondern Quasipossessio.

Fragen wir nun nach den Gründen dieser Entwickelung, so wird sich zeigen, daß die Quellen den s.g. abgeleiteten Besitz nirgends als etwas Eigenthümliches bezeichnen. Eben so wenig gedenken sie irgendwo jener eigenthümlichen Beschaffenheit des Animus possidendi. Savigny's Ansicht beruht vielmehr lediglich auf der Voraussetzung, daß, wo der Besitzer nicht Eigenthum, sondern nur Besitz übertrage, der Empfänger keinen Animus domini haben könne. Sie kann daher, den Quellen fremd, nur als ein, auf dieser Grundlage erbauter Versuch, zu einer wissen-

schaftlichen Erklärung des abgeleiteten Besitzes betrachtet werden.

Die hier auszuführende neue Ansicht ist dagegen: daß der Besitzer auch in den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes, zu welchen auch der des Superficiars gehört, wahren Animus domini habe, daß sich mithin die s. g. abgeleitete Possessio von jeder anderen nicht unterscheidet, und daß es folglich eine solche überhaupt nicht giebt.

Zur Begründung dieser Ansicht dürfen passend einige allgemeine Bemerkungen vorangestellt werden.

1. Da wir unzweifelhaft wissen, daß Possessio Detention mit Animus domini ist, und sich nirgends Andeutungen zu einem abweichenden Begriffe finden, so muß derselbe überall, wo Possessio angenommen wird, zu Grunde gelegt werden, bis sich das Gegentheil beweisen läßt. Schon dies muß in den angegebenen Fällen zu der Vermuthung führen, daß die Possessio auch in ihnen, dem gewöhnlichen Begriffe entspreche. Es kann mithin nur darauf ankommen, das Dasein des Animus domini in ihnen nachzuweisen, oder die Annahme desselben im römischen Rechte zu erklären. Wo das Eine, oder das Andere geschieht, und die Quellen zu keiner anderen Ansicht Veranlassung geben, kann von einer Verschiedenheit der s. g. abgeleiteten Possessio von jeder anderen, nicht mehr die Rede sein.

2. Savigny spricht wiederholt von einem von der Possessio verschiedenen Jus possessionis, welches da, wo nach allgemeinen Begriffen nur Detention übertragen sein würde, mit dieser überlassen werde. Dadurch soll der s. g. abgeleitete Besitz entstehen, und erklärt werden. Den Quellen ist indessen auch dieser ganze Begriff eines selbstständigen, übertragbaren Jus possessionis fremd.

Daraus folgt, daß man nur zweierlei übertragen kann, bloße Detention oder wirkliche Possessio, und daß, wo dem Empfänger Possessio beigemessen wird, diese selbst, d. h. Detention mit dem Animus domini, überlassen sein muß.

3. Man kann schon nach der Natur der Sache nicht einräumen, daß da, wo der Empfänger nicht die Absicht hat Eigenthum zu erwerben, vielmehr das Eigenthum des Gegners fortwährend anerkennt, kein Animus domini möglich sei. Warum sollte man nicht, ungeachtet jener Umstände, die Absicht hegen können, den Gegenstand ganz so zu besitzen, als ob man Eigenthümer sei? Und aus welchem Grunde könnte dann das Dasein eines wirklichen Animus domini bezweifelt werden? Allerdings wird dem Empfänger, wo ihm nicht zugleich Eigenthum übertragen werden sollte, regelmäßig und mit Recht, die Possessio abgesprochen. Denn regelmäßig wird er, nach der Natur dieses Geschäfts, in keiner Weise Animus domini haben können. Damit ist aber nicht die Möglichkeit eines Geschäfts ausgeschlossen, welches, obgleich keine Eigenthumsübertragung bezweckend, denselben seiner Natur nach veranlaßte oder berechtigte, Animus domini mit der Detention zu verbinden. Namentlich kann man sich auch sehr gut denken, daß ihm dieser vom Tradenten besonders gestattet, oder zur Pflicht gemacht wurde, und er so, ohne die Absicht des Eigenthumserwerbes, dennoch Animus domini, und dadurch Possessio hätte. Um sich mit Leichtigkeit in diesen Begriff zu finden, und in ihm zu bewegen, wird es auch gut sein, den unrömischen Ausdruck Jus in re aliena zu vermeiden, denn dieser tritt dem Begriffe des Animus domini an derselben Sache, fast unwillkührlich störend entgegen.

4. Savigny setzt bei dem s. g. abgeleiteten Besitze als entschieden voraus, daß er immer durch Uebertragung

erworben werde. Dies ist aber, wenigstens bei der Emphyteuse und Superficies, nicht immer der Fall.

Ist nun hierdurch die Möglichkeit einer anderen Ansicht, als der von Savigny gegebenen, vorbereitet, so wird ihre Richtigkeit, durch eine nähere Betrachtung der einzelnen Fälle weiter entwickelt werden können.

I. Possessio des Emphyteuta.

Ueber diese haben wir, meines Wissens nur eine Stelle, aus Macer *de Appellationibus* [1]):

> Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet, aut ex asse, aut pro parte. *Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur.*

In dieser finden wir keine Andeutung der von Savigny angenommenen eigenthümlichen Natur des abgeleiteten Besitzes. Dem Inhaber des Vectigalackers und des emphyteutischen Grundstücks, wird einfach Possessio beigelegt, und zwar auf dieselbe Weise, wie dem, neben ihm genannten, Grundeigenthümer „qui in agro vel civitate rem soli possidet."

Schon dieser äußere Grund würde die Behauptung, daß der Emphyteuta wahren Eigenthumsbesitz habe, rechtfertigen. Dazu kömmt die ganze innere Natur des Rechts.

Es ist bekannt, daß die Inhaber solcher Grundstücke ganz als Eigenthümer behandelt wurden. Sie hatten volle und ausschließliche Disposition über die Substanz, die erst Justinian, durch das Verbot offenbarer Verschlechterung, beschränkte [2]). Nicht minder ausschließliches Gebrauchsrecht und vollen Frucht-

1) Fr. 15. §. 1. Dig. qui satisdare cog. II, 8.

2) Nov. VII. c. 3. §. 2.

genuß, mit dem Fruchterwerbe des Eigenthümers, durch bloße Trennung [1]). Sie sind zur Ertheilung aller Dominien an der Sache, außer dem Eigenthume, berechtigt. Uebertragung des emphyteutischen Rechts [2]), Pfandrecht [3]) und Servitut [4]) werden ausdrücklich genannt. Alle Eigenthumsklagen sind ihnen utiliter gestattet: utilis rei Vindicatio [5]), daher auch utilis Negatoria (negativa Vindicatio) und Publiciana [6]), utilis servitutis Petitio [7]). Ausserdem die sämmtlichen Theilungsklagen [8]), Aquae pluviae arcendae [9]) und Arborum furtim caesarum actio [10]).

Der Emphyteuta behandelt mithin die Sache durchaus als die seine. Er ist, obgleich nicht Dominus [11]), in allen Stücken pro Domino. Er wird deshalb gewöhnlich Dominus [12]), sein Recht Dominium [13]) genannt.

---

1) Fr. 25. §. 1. Dig. de usur. XXII, 1.

2) §. 3. Instit. de locat. III, 25. Fr. 71. §. 6. Dig. de legat. I.

3) Fr. 16. §. 2. Dig. de pign. act. XIII, 7. Fr. 31. Dig. de pignorib. XX, 1.

4) Fr. 1. pr. Dig. quib. mod. ususfr. am. VII, 4. Arg. Fr. 1. §. 6. §. 9. Dig. de superf. XLIII, 18.

5) Fr. 1. §. 1. Dig. si ager vectig. i. e. emphyt. *petatur*. VI, 3. Fr. 16. Dig. de servit. VIII, 1.

6) Fr. 11. §. 2. Dig. de publ. act. VI, 2.

7) Fr. 16. Dig de servit. VIII, 1.

8) F. 4. §. 9. Dig. fin. regund. X, 1. Fr. 10. Dig. famil. herc. X, 2. Fr. 7. pr. Dig. commun. divid. X, 3.

9) Fr. 23. §. 1. Dig. de aqua et aquae pluv. XXXIX, 3.

10) Fr. 5. §. 3. Dig. arbor. furt. caesar. XLVII, 7.

11) Fr. 1. §. 1. Dig. si ager. vectigal. — Fr. 71. §. 6. Dig. de legat. I. — c. 1—3. Cod. de jure emphyt. IV, 66.

12) c. 1. Th. Cod. comm. divid. II, 25. c. 5. Th. Cod. de censitorib. XIII, 11. c. 4. c. 12. Cod. de fund. patrim. XI, 61.

13) c. 18. Th. Cod. V, 13. Ed. *Peyron*. c. 2. Cod. eod. Hierher gehört auch c. 8. Cod. de omni agro deserto. XI, 58., deren

Nur wenige Verhältnisse, die utilis Vindicatio, das Vectigal, die Privationen u. s. w., erinnern daran, daß er nicht Dominus ist.

Verbinden wir hiermit, daß dieses Recht auf ewige Zeiten, in perpetuum, ertheilt wird, so scheint man nicht zweifelhaft sein zu können, mit welcher Gesinnung der Inhaber das Grundstück besitzen muß, und wirklich besitzt. Er kann, weil er es ganz als das seinige behandelt, nur eine diesem Verhältnisse entsprechende Absicht, nur einen wahren Animus domini haben. Wenn ihm daher die Classiker Possessio beilegen, so liegt darin nicht die mindeste Eigenthümlichkeit, sondern nur einfache Consequenz allgemeiner Grundsätze.

Auf diese Weise darf ich, für den gegenwärtigen Fall, Savigny's Ansicht für widerlegt, und die meinige für begründet halten. Aber auch die Geschichte der Vectigaläcker und Emphyteuse spricht für die letztere.

Das Recht an beiden war, wie Justinian's Digesten wiederholt versichern, völlig gleich [1]). Das Recht am Ager

richtige Interpretation Ballhorn, in seinen Observ. ad L. 8. Cod. de omni agro deserto. Götting. 1803, gegeben hat. Es ist daher zu wünschen, daß diese Constitution nicht mehr, wie z. B. noch bei v. Wening Civilr. B. II, §. 38, zu der Lehre vom Eigenthum gestellt werde.

1) Rubr. Dig. si ager vectig. i. e. emphyt. pet. VI, 3. Fr. 15. §. 1. Dig. qui satisd. cog. II, 8. Für die, noch von dem neusten Schriftsteller über diesen Gegenstand: *Nothomb* Sp. inaug. jurid. enarrans juris emphyteutici historiam apud romanos. Leodii, 1826 4., wieder vertheidigte Ansicht, daß zwischen dem alten Rechte am Ager vectigalis und der späteren Emphyteuse, eine innere Grundverschiedenheit des Rechts bestanden habe, die erst durch Justinian aufgehoben sei, fehlt es an jedem haltbaren Grunde. Ja, Alles was wir jetzt auch durch Gajus über die Agri vectigales, und Alles was wir über die Emphyteuse wissen, ist dagegen. Der Unterschied lag in dem ältesten Gegenstande der Em-

vectigalis wieder dem der alten Possessionen des Ager romanus [1]). Das alte Occupationsrecht der Cives

phyteusen, indem man ursprünglich nur die Cultur unbebauter Ländereien damit bezweckte, und darin der Anfang mit diesem neuen Cultursysteme wahrscheinlich im Orient gemacht wurde. Aber freilich waren die vielen einzelnen neuen Bestimmungen, welche die Leges novae, seit Constantin, für die Emphyteusen trafen, den alten Vectigaläckern fremd gewesen. Zu Justinian's Zeit hatten aber noch die italischen Municipien alte Vectigaläcker. Fr. 1. §. 1. Dig. si ager vectig. Aber auf diese waren die Leges novae angewendet worden. Auf solche Weise bestand weder früher noch später eine rechtliche Verschiedenheit zwischen ihnen und den Emphyteusen.

1) Niebuhr Röm. Gesch. Th. 2. S. 349—394. Daß zwischen dem Verhältnisse der alten Possessionen und dem der Agri vectigales einige Verschiedenheiten Statt finden, hat Niebuhr, a. a. O. S. 376. 377., bemerkt. Dahin gehört aber nicht, daß die letzteren der Usucapio unterworfen gewesen wären. Aus Fr. 12. §. 2. Dig. de public. act. wissen wir bestimmt das Gegentheil, was auch mit andern bekannten Grundsätzen übereinstimmt. Unterholzner, Gesammte Verjährungsl. Th. 1. §. 56. §. 58. Th. 2. §. 239. Ich erlaube mir vielmehr, bei dieser Gelegenheit, eine andere Bemerkung. Ueber den Ursprung der Longi temporis praescriptio haben wir keine Stelle. In der neueren Zeit hat man es allgemein wahrscheinlich gefunden, daß sie am Provinzialboden, als Surrogat der Usucapio, entstanden sei. Dann würde sie aus Provinzialedicten nach Rom und Italien eingewandert sein. Der gewöhnliche Gang der Rechtsverbreitung war aber, obgleich es an solchen Beispielen nicht fehlt, der entgegengesetzte. Die Edicte der Prätoren und Aedilen gingen über das Meer und die Alpen. Es scheint mir daher auch hier wahrscheinlicher zu sein, daß die Longi temporis praescriptio durch das prätorische Edict, für Rom und Italien eingeführt, und aus diesem in die Provinzialedicte übergegangen sei. Dann würde es sich nur fragen, auf welche Grundstücke sie sich, da der italische Boden, im Allgemeinen, der Usucapio unterworfen war, bezogen habe? Ich vermuthe: auf die Possessionen des Ager romanus, von welchen sie dann auf andere Staatsländereien, an denen

beschränkte sich nämlich auf diesen. Der später in Italien und den Provinzen gewonnene Ager publicus wurde,

---

Privaten Possessio gestattet war, wie Vectigaläcker und Praedia provincialia, ausgedehnt wurde. Diese Ansicht scheint durch Hyginus, bei *Goes.* auct. rei agr. p. 205., „vetustas tamen longi temporis," unterstützt zu werden. Aber auch ausserdem konnte es ja dieser Exceptio, weder in Rom noch Italien, an Wirksamkeit fehlen. Die Usucapio schützte nicht gegen die s. g. Jura in re aliena. Accessio temporis, hier allgemein gestattet, fand bei ihr nur sehr nach und nach Eingang. Noch im neusten römischen Rechte ist sie bei der Usucapio libertatis ausgeschlossen, Fr. 32. §. 1. Dig. de serv. praed. urb., ein Zusammenhang, der Unterholzner, a. a. O. Th. 2. §. 232., entgangen zu sein scheint. — Was übrigens die rechtliche Lage der Provinzialgrundstücke betrifft, so kann ich zweien, in der neusten Zeit über sie geäußerten Ansichten nicht beistimmen: 1) Daß, wie Savigny, in der Abhandlung über den Colonat, bemerkt, das Eigenthum des Populus oder Cäsar an ihnen, nur eine publicistische Hypothese gewesen sei. Diese publicistische Hypothese, wenn ein positiver Grundsatz so genannt werden kann, war wenigstens die Seele der ganzen rechtlichen Behandlung des Provinzialbodens, und dadurch so practisch wie möglich. 2) Daß, wie jetzt wieder von Mayer, Tübinger crit. Ztschr. Bd. 4. S. 75., behauptet wird, das Rechtsverhältniß der „fundi privati in solo provinciali," von dem der alten Possessionen, wesentlich verschieden gewesen sei. Nicht allein Gajus, II, 7., sondern auch Simplicius, bei *Goes.* p. 76, und die ganze Geschichte des römischen Grundeigenthums, sind dafür. Die von Mayer angeführte Stelle aus Cicero, ist nicht dagegen. Nur darf man nicht vergessen, daß Possessio in diesem Sinne dem Eigenthume so nahe steht, als die spätere Emphyteuse. Daher hatte auch ein solcher Besitzer, ohne Eigenthümer zu sein, Animus domini und dadurch Possessio, und, wie Simplicius ebenfalls bezeugt, zu ihrer Geltendmachung Vindicationen. Ohne Zweifel trat hier eine petitoria formula mit einer Fiction ein. Daß dies die Publiciana gewesen, ist, obgleich der Provinzialboden keine Usucapion zuließ, nicht unwahrscheinlich. Fr. 12. §. 2. Dig. de publ. Mein College Zimmern erklärt diese Stelle

so weit er nicht den bisherigen Eigenthümern, als steuerbare Possessio, überlassen, oder ganz dem Staate vorbehalten war, mit dem Rechte der Possessionen, in perpetuum verpachtet. Dem Beispiele des Populus folgten die Collegia sacerdotum und die Municipien. So entstanden die Agri vectigales, von welchen hier die Rede ist [1]). Ihr Vorbild waren jedenfalls die alten Possessionen des Ager romanus.

Der alte Possessor war aber so wenig Eigenthümer, als der spätere Emphyteuta. Das Eigenthum der Possessionen gehörte dem Volke. Er selbst hatte nur erblichen und veräußerlichen Besitz mit dem Schutze der Interdicte, und alle Eigenthumsrechte, für welche zur Zeit der Formulä utile Vindicationen gewährt sein mögen. Daß nun ihm wahrer Animus domini und deshalb Possessio beigelegt wurde, kann um so weniger bezweifelt werden, je gewisser wir durch Niebuhr und Savigny gelernt haben, daß das ganze Recht der Possessio hier seinen Anfang nahm.

---

scharfsinnig durch die Vermuthung, daß der Publiciana, bei Gegenständen, die nicht usucapirt werden konnten, die Fiction der Longi temporis praescriptio zu Grunde gelegt worden sei. Aber bedurfte es denn, wo die Usucapion nur fingirt wurde, eines usucapionsfähigen Gegenstandes? Ich zweifle daher nicht, daß die Publiciana auch auf die der Usucapion entzogenen Gegenstände, mit ihrer gewöhnlichen Fiction, unverändert angewendet sei. Sonst würde sie eben so wenig bei Gegenständen, welche auch der Longi temporis praescriptio entzogen waren, wie Res furtivae und vi possessá, haben gebraucht werden können. Im neusten Rechte würde man sich bei solchen freilich wieder durch eine fingirte XXX vel XL annorum Praescriptio helfen dürfen, müßte dann aber auch, der Consequenz wegen, die Fiction der Usucapio auf bewegliche Sachen beschränken. Aber gewiß dachte man nie an eine solche, ganz unnöthige, Veränderung der Fiction.

1) *Hyginus* bei Goes. p. 205. 206.

War nun das Recht am Ager vectigalis von dem der alten Possessoren entlehnt, so bestätigt sich auch hierdurch die obige Behauptung.

Dabei befürchte ich nicht den Einwand, die Possessio der alten Possessoren habe auf Occupation beruht, sei mithin kein abgeleiteter Besitz, die Possessio des Ager vectigalis hingegen, durch Uebertragung begründet, gerade von dieser Beschaffenheit gewesen. Denn theils ist es für das Wesen der Possessio gleich, ob sie durch Occupatio oder Traditio begründet wurde. Die Verschiedenheit der Thatsachen, durch welche sie entsteht, hat auf sie selbst keinen Einfluß. Der Animus possidendi aber, der hier allein entscheidet, ist in beiden Fällen derselbe. Theils kann man auch nicht zugeben, daß die Possessio des Ager vectigalis wesentlich auf Uebergabe beruht habe. Das Recht des Pachters wurde nicht durch die Uebergabe des Ackers, sondern durch die Abschließung des Contrakts begründet [1], wie es überhaupt beim Erwerbe vom Populus nie der Uebergabe bedurfte. Mithin lag es demnächst an ihm, sich selbst durch Besitznahme die Possessio zu verschaffen. Diese fiel demnach in keiner Weise unter die bezeichneten Gesichtspunkte des abgeleiteten Besitzes. Gleiches galt unbedenklich bei der Emphyteuse.

Aus diesen Gründen bin ich überzeugt: Erstens, daß die Possessio des Emphyteuta auf wahrem Animus domini; Zweitens, daß sie überhaupt nicht auf Ueberlassung oder Uebertragung beruht, und deshalb nicht mehr zu den Fällen des s. g. abgeleiteten Besitzes gerechnet werden darf.

---

1) Daroi im Archiv für die civil. Praxis. Bd. VI. S. 397. Hasse im Rhein. Mus. Bd. I. S. 93.

II. Possessio des Superficiars.

Daß auch der Superficiar die Superficies mit wahrem Animus domini besitzt, läßt sich nicht allein, wie im vorigen Falle, aus der inneren Natur seines Rechts nachweisen, sondern es giebt dafür noch einen ganz direct entscheidenden Grund. Die Superficies setzt voraus, daß man auf fremden Boden, mit Zustimmung des Eigenthümers, für sich baute. Der Superficiar hat also nicht entfernt die Absicht, für den Grundherrn, oder als Stellvertreter desselben, zu besitzen. Dies ist um so einleuchtender, als seinem wirklichen Eigenthumserwerbe nichts entgegensteht, als der Grundsatz: aedificium solo cedit, dessen Wirksamkeit selbst durch die Zustimmung des Eigenthümers nicht aufgehoben wird. Ja, es leidet keinen Zweifel, daß an sich nur der Superficiar den Animus domini mit der Sache verbindet. Der Grundherr, welcher einem Anderen gestattet, für sich eine Superficies auf seinem Platze zu haben, verbindet mit der letzteren als solcher gewiß keinen Animus domini. Nicht durch seinen Willen, sondern selbst gegen seinen Willen, ist er Eigenthümer und Besitzer des Hauses, lediglich, weil das Civilrecht, kein selbstständiges Eigenthum, keinen selbstständigen Besitz an der Superficies gestattend, beide dem Eigenthümer und Besitzer des Bodens aufdringt, wie dem Herrn den Erwerb des Sclaven.

Der Prätor schützt aber den Willen beider Theile gegen die Strenge des Rechts. Da nach jenem der Superficiar Eigenthümer des auf fremdem Boden errichteten Gebäudes sein soll, so behandelt ihn der Prätor in allen Beziehungen als solchen. Allerdings vermag er, als bloßer Magistratus populi, nicht, das Recht des Populus, d. h. das Civilrecht, aufzuheben. Er kann nicht hindern, daß der Grundherr an sich Eigen-

thümer [1]) und Besitzer [2]) der Superficies wird, [deshalb kann das Recht des Superficiars, dem Civilrecht gegenüber, immer nur ein s. g. Jus in re aliena sein [3])], aber dessenungeachtet dem Anderen allen Schutz, welchen das Eigenthum civilrechtlich genießt, auf seine Weise, d. h. durch Exceptionen und utile Actionen, zu gewähren, steht ihm frei. Unter solchem Schutze übt der Superficiar alle Eigenthumsrechte an der Sache [4]). Volles und ausschließliches Gebrauchsrecht [5]), volle und ausschließliche Disposition über die Substanz, durch kein Verbot der Verschlechterung beschränkt. Ertheilung aller Dominia ausser dem Eigenthume: Uebertragung seines Rechts auf Andere, durch jeden singulairen und universellen Erwerb [6]), Pfandrechte [7]) und prätorische Servi-

1) Fr. 1. §. 4. Fr. 2. Dig. de superf. XLIII, 18.

2) Fr. 3. §. 7. Dig. uti possid. XLIII, 17.

3) Insbesondere kein bonitarisches Eigenthum. Wo dieses gewährt wird, hört der Civileigenthümer prätorisch ganz auf, Eigenthümer zu sein. Dies ist hier nicht der Fall. Der Prätor läßt dem Eigenthume des Grundherrn seine volle Wirksamkeit, nur nicht gegen den Superficiar, so lange ein solcher vorhanden ist. Der Grundherr bedient sich daher gegen Dritte, sowohl der rei Vindicatio, Fr. 1. §. 4. Dig. de superf., als der Interdicte. Fr. 1. §. 7. Dig. uti possid. — Vergl. Fr. 9. §. 4. Dig. de damno. inf. XXXIX, 2.

4) Daher findet es Ulpian nicht bedenklich, den Fall einer Superficies durch: „si solum sit alterius, *superficies alterius*," zu bezeichnen. Fr. 9. §. 4. cit.

5) Fr. 2. §. 17. Dig. ne quid in loco publ. XLII, 8. Fr. 1. §. 6. Dig. de superf.

6) Fr. 1. §. 7. Dig. de superf. Fr. 32. Dig. de contrah. emt. XVIII, 1. Fr. 86. §. 4. Dig. de legatis. I.

7) Fr. 16. §. 2. Dig. de pignor. act. XIII, 7. Fr. 13. §. 3. Dig. de pignorib. XX, 1.

tuten 1). Utiliter alle Eigenthumsklagen: utilis rei Vindicatio 2), utilis Negatoria und Confessoria 3), Publiciana 4). Ausserdem familiae herciscundae Judicium 5), utile communi dividundo Judicium 6), Operis novi nunciatio 7). Gegen die Vindication des Grundherrn eine Exceptio in factum 8).

Wird nun dem Superficiar unter diesen Umständen auch Possessio, mit dem Rechte der Interdicte, beigelegt, so kann es für diese keine einfachere Erklärung geben, als daß sie ebenfalls, und noch mehr wie die des Emphyteuta, auf einem wahren Animus domini beruht. Nimmt man dazu, daß sie nicht durch Uebertragung vom Eigenthümer entsteht, so kann auch sie nicht mehr unter Savigny's Begriff vom abgeleiteten Besitz gestellt werden.

Fragen wir noch nach einem geschichtlichen Anknüpfungspunkte dieser selbstständigen Possessio, so würde ich nicht abgeneigt sein, ihn da zu suchen, wo meiner Ueberzeugung nach, ungeachtet alles dessen, was von verschiedenen Seiten dagegen gesagt worden ist 9), im römi-

---

1) Fr. 1. pr. Dig. quib. mod. ususfr. VII, 4. Fr. 3. §. 3. Dig. de oper. nov. nunc. XXXIX, 1. Fr. 1. §. 6. §. 9. Dig. de superf.

2) Fr. 16. §. 2. cit. Fr. 1. §. 1. §. 3. §. 4. §. 6. Dig. de superf. Fr. 3. §. 3. cit. Fr. 3. §. 7. Dig. uti possid. Fr. 73. 74. 75. Dig. de rei vind. VI, 1.

3) Fr. 3. §. 3. Dig. de op. nov. nunc.

4) Fr. 12. §. 3. Dig. de publ. act. VI, 2.

5) Fr. 10. Dig. famil. herc. X, 2.

6) Fr. 1. §. 8. Dig. de superf.

7) Fr. 3. §. 3. Dig. de oper. nov. nunc.

8) Fr. 1. §. 4. Dig. de superf.

9) z. B. Duroi a. a. O. S. 265—268. Rosshirt, ebendas. Bd. 8. Abh. 1. §. 1. Huschke, in der Tübinger krit. Ztschr. Bd. 2. S. 350.

schen Rechte der Anfang alles possessorischen Schutzes gesucht werden muß. Dasselbe Recht, welches die alten Possessoren des Ager romanus an diesem selbst hatten, mußte ihnen auch an den von ihnen auf demselben errichteten Gebäuden zustehen [1]). Dadurch bildete sich später die Idee des besonderen Rechts an der Superficies, ganz analog dem Rechte am Ager publicus. Wie nun dieses Animus domini rücksichtlich des Bodens und dadurch Possessio begründete, so konnte diesem die gleiche Wirkung nicht entgehen. Bekanntlich fehlt es auch nicht an Stellen, welche der Superficies in solo publico ausdrücklich gedenken [2]). Daß der Digestentitel De superficiebus von dem letzteren schweigt, ist kein Gegengrund, wie Duroi [3]) meint. Denn das in ihm erwähnte Edict war wohl nur bestimmt, das, was bei der Superficies in solo publico von jeher Grundsatz gewesen war, auf Privatgrundstücke zu übertragen, wie denn auch selbst in den Worten „uti ex lege locationis sive conductionis [4])" eine Andeutung dieses Zusammenhanges gesucht werden könnte.

Bei der bisherigen Entwickelung wurde indessen vorausgesetzt, daß der Superficiar wahre Possessio corporis habe. Der jetzt sehr verbreiteten [5]) Ansicht Savigny's ist dies entgegen. Nach ihm hat der Superficiar nur Quasipossessio, und deshalb nicht das Interdictum uti possi-

---

1) Vergl. *Festus* v. possessio, possessiones.

2) Fr. 32. Dig. de contr. emt. XVIII, 1. Fr. 2. §. 17. Dig. ne quid in loco publ. XLIII, 8. c. 1. Cod. de divers. praed. urb. XI, 69.

3) a. a. O. S. 387.

4) Fr. 1. §. 1. Dig. de superf.

5) Dagegen haben sich erklärt: Duroi, Spec. obs. de jure in re. Heidelb. 1812. p. 62 sq., und a. a. O. S. 395. 396. Huschke, in der Tübinger krit. Ztschr. Bd. 2. S. 354. Unterholzner, Gesammte Verjährungsl. Bd. 2. §. 237, und in der Tübing. kr. Ztsch. Bd. 4. S. 386. 387.

detis, sondern das besondere de superficiebus. Dessen ungeachtet ist die Ansicht der älteren Juristen, daß der Superficiar wahre Possessio habe, gewiß richtiger. Ich würde mich in dieser Beziehung ganz auf die von Huschke und Unterholzner ausgesprochenen Gründe beziehen, wenn ich nicht hoffte, auch durch die folgenden die Verständigung über diesen Gegenstand zu fördern.

Zuvörderst würde hier die Annahme einer Quasipossessio dem ganzen Wesen des Rechts an der Superficies widersprechen. Wer, wie der Superficiar, eine körperliche Sache in der Absicht detinirt, sie als die seine zu behandeln, kann nur wirkliche Possessio haben. Dies bestätigt die Possessio des Emphyteuta. Beim Superficiar läßt sich um so weniger ein Grund für das Gegentheil denken, als dessen Recht dem Eigenthume noch näher steht. Nicht weniger unconsequent würde es sein, dem, welchem nicht einmal Possessio corporis gebührte, Vindicatio corporis zu gestatten. Daher gewährt das römische Recht dem Quasipossessor nie Vindicatio corporis.

Die Quellen enthalten hier so wenig eine Andeutung von Quasipossessio, als von abgeleitetem Besitz. Die Possessio in Fr. 13. §. 3. Dig. de pignorib., das „possidere" in Fr. 1. §. 1. Dig. de superf., kann, nach dem ganzen Zusammenhange der Stellen, nur von Possessio corporis verstanden werden. Im übrigen werden dem Superficiar possessorische Interdicte gewährt [1]), ohne daß in der Art, wie dies geschieht, ein genügender Grund für die entgegengesetzte Ansicht gefunden werden könnte.

Diese beruft sich nun zwar:

1. Gerade auf das Interdictum de superficiebus. Aber dieser Grund scheint ganz unhaltbar zu sein.

1) Fr. 1. pr. §. 1. §. 2. §. 3. Dig. de superf. Fr. 3. §. 7. Dig. uti possid. Fr. 1. §. 5. Dig. de vi. XLIII, 13.

Daß der Prätor dem Superficiar, nicht geradezu das Interdictum uti possidetis, sondern ein besonderes, aber jenem, in allen übrigen Beziehungen gleiches Interdict gab, hatte gewiß nicht den Grund, daß ihm nur Quasipossessio gebührte. Gerade dann würde die Anwendung des Interdictum uti possidetis so wenig Schwierigkeit gehabt haben, wie beim Usufructuar. Wo sich bei diesem Interdicte wahrer Besitz und Quasibesitz, rücksichtlich derselben Sache, gegenüberstehen, wie zwischen Proprietar und Usufructuar, da versteht sich, daß der erstere unterliegen muß. Wo aber gegen den, welcher nach der Strenge des Rechts alleiniger Besitzer ist, Jemand mit dem Interdictum uti possidetis auftritt, der an sich weder als Besitzer, noch als Quasibesitzer angesehen werden könnte, wie der Superficiar gegen den Grundherrn, da mußte dieser, vermöge der Duplicität des Interdicts, immer gegen jenen geschützt werden. Deshalb gab der Prätor dem Superficiar ein besonderes Interdictum retinendae possessionis, dessen Formel sich von der des Interd. uti possidetis, nur durch die Worte: „ex lege locationis sive conductionis superficie," unterschied. Durch diese kleine Veränderung der Formel wurde dem Superficiar, auf den Grund der Locatio conductio, gegen die Strenge des Rechts, an derselben Sache, an welcher der Grundherr bereits Possessio hatte, eine zweite selbstständige Possessio gewährt, welche der Prätor gegen jene zu schützen versprach. So wurde mithin dem Superficiar durch das Interdictum de superficiebus ein Schutz verliehen, der ihm, da er unmöglich als Quasipossessor behandelt werden konnte, durch das Interdictum uti possidetis nie hätte gewährt werden können. Dagegen verstand sich, daß er sich nun auch der Grundlage seines Interdicts, zu einer Exceptio gegen das Interdictum uti possidetis des Dominus bedienen konnte.

Fr. 3. §. 7. Dig. uti possidetis, läßt über diesen Zusammenhang keinen Zweifel.

Dagegen ist es vorzüglich diese Stelle, auf welche Savigny sich beruft.

Ulpianus Lib. LXIX. ad Edictum:

„Sed et si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit in quo alius *quasi dominus* moretur, interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum qui in coenaculo moraretur: *semper enim superficiem solo cedere.* Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri, qui κρυπτας possideret, sed ab eo cujus aedes supra κρυπτας essent: verum est et in eo qui aditum ex publico habuit. *Ceterum* superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utuntur: dominus autem soli, tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis: sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, et ita Pomponius quoque probat."

Savigny interpretirt die Stelle von zwei verschiedenen Fällen. Erstens von dem, daß Jemand auf dem Hause des Anderen eine Etage quasi dominus hat, an welchen noch eine Bemerkung über das Verhältniß des Souterrains, κρυπτη, zu dem oben stehenden Hause geknüpft wird. Zweitens von „Ceterum" an, von dem des Superficiars. Dort werde dem Eigenthümer des unteren Stocks, der alleinige Besitz auch der oberen Etage, und ausschließliche Gebrauch des Interdictum uti possidetis zugesprochen. Hier dem Eigenthümer des Bodens, ebenfalls die alleinige Possessio der Superficies und der alleinige Gebrauch jenes Interdicts, selbst gegen den Superficiar. Aber diesem werde doch besonderer prätorischer Schutz gegen dasselbe zugesichert, nämlich in demselben Maaße, in welchem

ihm das Interdictum de superficiebus gewährt werden würde, eine Exceptio secundum legem locationis. In diesem Wechselverhältnisse des Proprietars, des alleinigen Possessors, und des Superficiars, trete der Gegensatz der Possessio und Quasipossessio deutlich hervor. Da jener Possessio habe, und Possessio duorum in solidum nicht Statt finde, so bleibe für diesen nur Quasipossessio übrig.

Ich halte diese Interpretation nicht für richtig. Ich glaube vielmehr die gewöhnliche Auslegung, welche das ganze Fragment von demselben Falle, nämlich dem des Superficiars, versteht, vertheidigen zu müssen.

Unter dem Falle, daß Einer auf dem Hause des Anderen eine Etage „quasi dominus" hat, kann man sich nur den des Superficiars denken. Nach dem, in der Stelle selbst ausgesprochenen Grundsatze: „superficies solo cedit," befindet sich die Etage civilrechtlich im Eigenthum dessen, dem der untere Stock gehört. Getheiltes, selbstständiges Eigenthum an jener und diesem, zwischen zwei verschiedenen Personen, ist nicht möglich, und die Worte „quasi dominus," heißen nicht „als Dominus," sondern „gleichsam als Dominus." Sie bezeichnen daher sehr bestimmt das Verhältniß des Superficiars. Ulpian geht mithin bei „Ceterum" nicht zur Untersuchung eines neuen Falles über, sondern setzt lediglich die, durch den Excurs über die Krypte, unterbrochene Betrachtung über den Superficiar, der nun auch geradezu als solcher genannt wird, fort.

Die ganze Stelle ist daher so zu interpretiren:

„Hat Jemand auf einem fremden Hause ein Stockwerk, so gebührt diesem Superficiar rücksichtlich desselben, nicht das Interdictum uti possidetis, welches allein dem Herrn des Hauses zukömmt. Doch, Ceterum, giebt der Prätor dem Superficiar ein besonderes

Interdict. Zu dem Interdictum uti possidetis verhält sich aber der prätorische Schutz des Superficiars so, daß jener zwar nach der Strenge des Rechts mit dem Interdictum uti possidetis gegen ihn obsiegen würde, der Prätor aber diesem dagegen doch durch eine Exceptio [1]) aus der Lex Locationis zu Hülfe kömmt."

1) Daß Fr. 3. §. 7. von einer Exceptio des Superficiars gegen das Interdictum uti possidetis des Dominus redet, leidet keinen Zweifel. Sie ist die, in Fr. 1. §. 4. Dig. de superf. erwähnte in factum Exceptio gegen die Vindicatio des Dominus. Daraus folgt, daß der, ebenfalls in Fr. 1. §. 4. cit. ausgesprochene Grundsatz: „cui damus actionem, eidem et exceptionem competere," von Actionen im weiteren Sinne, daher auch von Interdicten gilt. Ferner, daß auch gegen Interdicte Exceptionen gegeben werden. Dieser früher wohl nie bezweifelte Satz, ist in der neusten Zeit von meinem Collegen Zimmern, in einem Programm: Disputatio de quaestione: quo sensu summarium vocari possit interdictorum romanorum judicium. Jenae 1828. 8., bestritten worden. Nach Ihm finden gegen Interdicte keine andere Exceptionen statt, als die im Edict mit der Interdictsformel publicirten, wie das „nec vi, nec clam, nec precario." Diese sind aber keine wirkliche Exceptionen, sondern positive Bedingungen der Interdicte auf Seiten des Klägers. Das letztere hatte schon Huschke, Anal. litter. p. 155. und in der Tübinger krit. Ztschr. Bd. 2. S. 365. 366., behauptet. Dessen ungeachtet ist Beides ohne Zweifel unrichtig. Daß gegen Interdicte nicht allein die in der Formel publicirten, sondern auch viele andere Exceptionen, ja ganz dieselben wie gegen Actionen, gewährt wurden, beweisen die vielen Stellen, welche solcher bei ihnen gedenken. Ich führe nur an, was ich unmittelbar zur Hand habe. Fr. 1. §. 11. Dig. de itinere. XLIII, 19. Fr. 1. §. 3. Fr. 3. §. 2. §. 3. §. 4. Fr. 5. Fr. 7. §. 3. §. 4. Fr. 15. §. 5. Fr. 22. §. 2. Dig. quod vi aut clam. XLIII, 24. Fr. 1. §. 3. 4. 5 Dig. de liber. exhibend. XLIII, 30. Daß ferner auch die in den Formeln mit publicirten Clauseln wahre Exceptionen sind, beweisen die Stellen, wo sie geradezu „ex-

Das Fragment spricht also gar nicht von der Possessio des Superficiars, sondern, was auch seine Stellung in den Digesten bestätigt, allein vom Interdictum uti possidetis. Es enthält nichts als den einfachen Satz:

---

ceptio" genannt werden. In Fr. 1. §. 11. cit. wird das „nec precario" bei dem Interdictum de precario ausdrücklich Exceptio genannt. Eben so in Fr. 7. §. 3. §. 4. cit. das „nec vi, nec clam" beim Interdictum quod vi aut clam. Dazu die Zeitwörter „excipere," „exceptionem *objicere*." In Fr. 15. §. 5. cit. wird die ebenfalls mit der Formel publicirte Zeitbeschränkung der Interdicte, das „intra annum etc.," „annua exceptio" genannt. Dies wird noch dadurch unterstützt, daß, wie wir z. B. aus Fr. 10. pr. Dig. quae in fraud. cred. XLII, 8. Fr. 30. §. 5. Dig. de peculio. XV, 1. Fr. 1. §. 10. Dig. quando de peculio act. annal. XV, 2. sehen, alle Zeitbeschränkungen der Temporalklagen, die ebenfalls mit der Formel publicirt waren, wahre Exceptionen sind. Daß dadurch, daß der Prätor, mit den Formeln der Honoralsklagen und der Interdicte, ein- und für alle Mal gewisse Exceptionen publicirte, das Wesen der Exceptio nicht verändert wurde, bedarf so wenig einer Auseinandersetzung, als ich zu erklären habe, weßhalb dies bei Civilklagen nicht geschah, und weßhalb die auch gegen diese gewährten Exceptionen bei jenen nicht mit in der Formel publicirt wurden. Auch die Rücksicht bei der Ersitzung der Servituten, daß die Ausübung nicht vi, clam, oder precario geschehen sein darf, begründet lediglich eine Exceptio für den Gegner. Es ist daher ein offenbares Mißverständniß, wenn man, wegen Fr. 10. pr. Dig. si servit. vind. VIII, 5., dem, welcher sich auf die Ersitzung beruft, den positiven Beweis hat auferlegen wollen, daß er die Servitut nicht gewaltsam u. s. w. ausgeübt. Auch die Behauptung Unterholzner's, Gesammte Verjährungsl. Th. 2. §. 116, daß die Klage von Amts wegen zu verwerfen sei, wenn sich gleich aus des Klägers eigenem Vortrage ergebe, daß er die Servitut vi, clam etc. ausgeübt, kann ich nicht für richtig halten. Dagegen liegt schon in dem Bisherigen, daß ich die früher von mir ausgesprochene Ansicht, daß die Verjährung der Temporalklage ipso jure wirke, hier-

„Dies Interdict gebührt nur dem Dominus, nicht dem Superficiar, welchen der Prätor durch ein besonderes Interdict, und eine demselben entsprechende Exceptio gegen das Interdictum uti possidetis des Dominus, schützt.“

Davon hingegen, daß der Dominus alleiniger Possessor des Gebäudes, der Superficiar mithin nur Quasipossessor sei, findet sich in der ganzen Stelle keine Andeutung.

Eben so wenig ist dies eine nothwendige Folge des in ihr ausgesprochenen Wechselverhältnisses des Interdictum uti possidetis und des dem Superficiar verliehenen Schutzes, oder der Unstatthaftigkeit der Possessio plurium in solidum. Die Strenge des Rechts würde freilich keinen gleichzeitigen Besitz des Dominus und des Superficiars gestatten. Aber das ist gerade die Eigenthümlichkeit dieses Verhältnisses, daß der Prätor hier neben dem Besitze, welcher dem Dominus als Besitzer des ganzen Fundus, daher auch an der Superficies als Theil desselben zusteht, an der letzteren, gegen die Regel als selbstständiges Object aufgefaßt, ebenfalls Possessio gestattet [1]).

Dürfen wir nun als gewiß ansehen, daß der Superficiar wahrer Possessor corporis ist, so sind die Servituten, nach römischem Rechte, der einzige Fall der Quasipossessio. Diese tritt dadurch in einen viel schärferen Gesichtspunkt. Wer als Inhaber einer köperlichen Sache Eigenthum an derselben ausübt, z. B. als

---

mit ausdrücklich zurücknehme. Was bereits von Savigny gegen die Ausschließung der Exceptionen bei Interdicten gesagt worden ist, Zeitschr. für geschichtl. RW. Bd. 6. S. 248—254., darf ich als bekannt voraussetzen.

1) Vergl. Huschke, Tübing. krit. Ztschr. Bd. 2. S. 354.

Eigenthümer, Emphyteuta, Superficiar, Pignoratitius creditor, hat Possessio. Wer nur eine einzelne Eigenthumsbefugniß, ein einzelnes Jus, an ihr ausübt, d. h. eine Servitut, hat Quasipossessio. Deshalb kann der Superficiar keine Quasipossessio haben.

Umgekehrt wird aber auch, an den beiden bis jetzt beurtheilten Fällen, der Emphyteusis und der Superficies, sehr anschaulich, wie Besitzerwerb zum Zwecke eines bloßen s. g. Jus in re aliena, so gut Possessio zu begründen vermag, wie Besitzerwerb zum wirklichen Eigenthume. Es kömmt dabei Alles auf die Beschaffenheit des ertheilten Rechts an. Wo dieses, wie bei der Emphyteusis und Superficies, alle Eigenthumsrechte giebt, da ist auch Animus domini möglich. Wo aber das ertheilte Recht, wie die Servitus personarum, nur gewisse Nutzungsbefugnisse gewährt, da kann von Animus domini nicht die Rede sein. Deshalb ist der Usufructuar nur naturalis, der Emphyteuta und Superficiar wirklicher Possessor.

III. Possessio des Pignoratitius creditor.

Die gewöhnliche Angabe, daß das Pignus mit Possessio verbunden sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Pignus ist nämlich jedes durch Besitzerlangung begründete Pfandrecht. Das Civilrecht kennt zwei Formen desselben. Pignus durch Pignori datio, Pignus durch Pignoris capio von Seiten des Gläubigers oder der Obrigkeit. Jenes begründet immer Possessio. Die Pignoris capio von Seiten des Gläubigers hatte gewiß dieselbe Wirkung, ist aber frühzeitig mit der Legis actio per pignoris capionem verschwunden. Die Pignoris capio von Seiten der Magistrate kömmt privatrechtlich nur in causa Judicati zur Anwendung, begründet dann aber keine Possessio. Für den Gläubiger nicht,

weil er gar nicht in den Besitz des Gegenstandes gelangt, für den Magistrat nicht, weil er nur custodiae causa detinirt. Das Pignus datum ist daher im neusten Rechte der einzige Fall, wo der Pfandgläubiger Possessio hat. Auch das prätorische Pignus, durch Besitznahme von Seiten des Missus in possessionem, giebt nur Detention.

Die Stellen über die Possessio des Pignoratitius creditor sind sehr zahlreich. Nur einige mögen hervorgehoben werden.

Florentinus Libr. VIII. Inst. 1).

Pignus manente proprietate debitoris, *solam possessionem transfert ad creditorem.*

Ulpianus Libr. XVIII. ad Edict. 2).

Proprie *pignus* dicimus, *quod ad creditorem transit, hypothecam*, cum non transit, nec *possessio* ad creditorem.

Marcianus Libr. sing. ad formul. hypoth. 3).

Et in superficiariis legitime consistere creditor potest adversus quemlibet possessorem, sive tantum pactum conventum de hypotheca intervenerit, sive etiam *possessio tradita fuerit*, deinde amissa sit.

Africanus Libr. VII. Quaestion. 4).

Si de eo fundo, quem, quum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te dejiciat, adhuc te *possidere* ait, quoniam nihilo minus per ipsum servum *possessionem* retineas.

Paulus Libr. LIV. ad Edict. 5).

Per servum corporaliter pignori datum non ac-

1) Fr. 35. §. 1. Dig. de pig. act. XIII, 7.
2) Fr. 9. §. 2. Dig. eod.
3) Fr. 13. §. 3. Dig. de pign. XX, 1.
4) Fr. 40. pr. Dig. de acquir. vel. am. poss. XLI, 2.
5) Fr. 1. §. 15. eod.

quirere nos possessionem, Julianus ait. *Ad unam enim tantum causam videri eum a debitore possideri, ad usucapionem.* Sed nec creditorem, quia nec stipulatione nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum *possideat*.

Julianus Libr. XIII. Digestor. [1]).

Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. Sed et si eundem precario rogaverit, aeque per diutinam possessionem capiet. Nam cum *possessio creditoris* non impediat usucapionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse debet, quum plus juris in possessione habeat, qui precario rogaverit, quam qui omnino non possidet.

In diesen und ähnlichen Stellen [2]) findet man keine Andeutung einer eigenthümlichen Beschaffenheit des Pfandbesitzes. Dem Creditor wird einfach Possessio beigelegt. Nur das geht aus ihnen hervor, daß sie in dem Falle, von welchem sie reden, d. h. beim conventionellen Pignus, wie es dessen Natur mit sich bringt, auf Einräumung oder Uebertragung vom Verpfänder beruht. Es ist von einem *tradere*, *transferre* der Possessio, einer *tradit possessio* die Rede. Daraus wird man aber für das Vorhandensein eines abgeleiteten Besitzes in Savigny's Sinn, so wenig etwas schließen, als wenn vom Verkäufer oder Schenker gesagt wird, er habe dem Käufer oder Beschenkten den Besitz übergeben. Wir haben mithin auch hier in dem Inhalte der Quellen keine Veranlassung, eine Abweichung von dem gewöhnlichen Wesen der Possessio anzunehmen. Es

1) Fr. 36. eod.

2) Fr. 11. §. 1. Dig. de pign. Fr. 37. Dig. de acq. vel. amit. p. Fr. 13. pr. Dig. de usucap. Fr. 13. §. 1. Dig. de publ. act. VI, 2.

wird wieder nur darauf ankommen, zu untersuchen, ob das innere Wesen des Pignus, oder äußere Gründe, einen wirklichen Animus domini in der Person des Gläubigers rechtfertigen?

Fassen wir alle Eigenthümlichkeiten des Pignus zusammen, so wird sich, wie ich glaube, ergeben, daß der Grundgedanke des römischen Rechts beim Pignus kein anderer ist, als daß der Gläubiger das Pfand zu seiner Sicherheit ganz so besitzt, als wenn er Eigenthümer desselben wäre. Dies ergiebt sich daraus, daß ihm utiliter alle Klagen des Eigenthums gebühren. Ausdrücklich genannt sind: utilis rei Vindicatio 1), utilis Negatoria 2) und Confessoria 3), eine in factum Actio ex Lege Aquilia 4), die Condictio furtiva 5), die Theilungsklagen 6), die Operis novi Nunciatio 7), der Anspruch auf damni infecti Cautio 8). Dazu kommen, nicht weniger die charakteristischen Bezeichnungen der Pfandbestellung: rem pignori *dare* 9), *tradere*, *accipere*, als

1) Fr. 16. Dig. de servit. VIII, 1.

2) 3) Fr. 16. cit. Fr. 9. Dig. de op. nov. nunc. XXXIX, 1. Fr. un. §. 5. Dig. de remissionib. XLIII, 25.

4) Fr. 17. pr. Fr. 30. pr. Dig. ad l. Aquil. IX, 2.

5) Fr. 12. §. 2. Dig. de cond. furt. XIII, 1. Fr. 22. pr. Dig. de pign. act.

6) Fr. 29. Dig. fin. regund. X, 1. Fr. 9. §. 4. Dig. famil. herc. X, 2. Fr. 7. §. 6. 12. 13. Dig. commun. divid. X, 3.

7) Fr. 9. Dig. de op. nov. nunc. XXXIX, 1.

8) Fr. 11. Dig. de damno inf. XXXIX, 2.

9) „*Dari* cuiquam id intelligitur, quod ita datur, *ut ejus fiat.*" §. 14. Instit. de actionib. — Ich weiß sehr wohl, daß dieser Ausdruck später auch bei der Hypothek gebraucht wird, wie überhaupt die ganze Terminologie des Pignus nach und nach auf sie übergieng. Dadurch kann ihre charakteristische Bedeutung für *jenes* natürlich nicht zweifelhaft werden.

die merkwürdige Definition des Pignus, in der bereits angeführten Stelle aus Ulpianus ad Edictum [1]):

Proprie *pignus* dicimus, *quod ad creditorem transit*, hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem.

Hier wird sehr fein ausgedrückt, daß beim Pignus die Sache selbst gewissermaaßen auf den Creditor übergeht. Es ist nicht blos vom Uebergange der Possessio die Rede. Dies zeigt der Gegensatz der Hypothek. Bei dieser, sagt Ulpianus, geht weder die Sache selbst, noch die Possessio auf den Gläubiger über.

Ich verbinde hiermit noch eine nähere Betrachtung dieses Gegensatzes. Der hypothekarische Gläubiger wird nicht als Eigenthümer des Pfandes behandelt. Die bezeichneten utilen Eigenthumsklagen gebühren nur dem Pignoratitius creditor [2]). Ausser dem Salvianum interdictum und der utilis Actio bei verpfändeten Forderungen, die beide beim Pignus nie Anwendung finden können, hat der Hypothecarius nur die Serviana und deren Erweiterungen. Diese ist eine in factum Actio. An die Thatsache der Verpfändung war in der Formel unmittelbar die Condem-

1) Fr. 9. §. 2. Dig. de pign. act.

2) Dies geht aus dem Inhalte aller angeführten Stellen hervor. Ausserdem dafür: 1) die ganze innere Natur des Pignus und der Hypothek. 2) Das Recht eine Sache, deren Eigenthümer man nicht, als solche zu behandeln, wird ausdrücklich und sehr consequent, aus der Gewährung der utilis Vindicatio abgeleitet. Fr. 16. Dig. de servit. Fr. 16. §. 2. Dig. de pign. act. Daraus versteht sich die Folgerung für die Hypothek, die mit keiner utilis Vindicatio verbunden war, von selbst. Auch haben schon ältere Juristen die sämmtlichen utilen Eigenthumsklagen auf das Pignus beschränkt. *Böhmer*, de divers. pignor. et hypothecae jure. In Exerc. ad Pand. T. III. Ex. LVIII.

natio geknüpft [1]), wie bei der in factum concipirten Formula depositi [2]). Dagegen war die utilis Vindicatio des Pignus eine fingirte rei Vindicatio: „quasi ea res ex jure Quiritium ejus esse oporteret [3]). Diese verschiedene Fassung der Formeln drückt am schärfsten den Unterschied beider Rechte aus. Während nun der Faustpfandgläubiger als Eigenthümer behandelt, und ihm Possessio beigelegt wird, hat der hypothekarische, nicht als Eigenthümer behandelt, selbst wenn er in den Besitz kömmt, nur Detention. Kann man unter diesen Umständen bezweifeln, daß der Faustpfandgläubiger nach römischer Rechtsansicht mit dem Animus domini besitzt?

Ich füge ferner hinzu:

1. Es giebt keinen Fall, wo eine utilis Vindicatio gewährt wird, ohne daß zugleich der Kläger, als Besitzer des Gegenstandes, Animus domini haben und ihm als solchem nicht Possessio zukommen würde. Dies liegt einfach in der Natur der Sache. Eine fingirte Eigenthumsklage für einen Kläger, der, wenn er den Gegenstand empfangen, nicht einmal die Absicht hätte, ihn als den seinen zu behandeln, würde sehr ungereimt sein. Daher giebt es umgekehrt keinen Fall, wo einem bloßen Detinenten eine utilis Vindicatio gegeben wäre. Der Usufructuar hat bloße Detention, und keine utilis Vindicatio.

2. In dem einen Falle, wo das Pignus nicht mit Possessio verbunden ist, fehlt ihm auch die utilis Vindicatio. Dies ist der Fall beim Pignus prätorium.

---

1) Fr. 16. §. 5. Fr. 18. Dig. de pignorib. XX, 1. *Ribbentropp* Comm. ad L. 16. §. 5. Dig. de pignorib. et L. 9. §. 1. Dig. de except. rei vind. Gotting. 1824. 4. §. 4. Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. S. 217. Not. 7.

2) *Gaj.* IV, 47.

3) *Gaj.* IV, 36.

Der Missus in possessionem detinirt blos Custodiae causa [1]), nicht um die Sache durch sein Innehaben als die seine zu behandeln, ein Recht an ihr für sich geltend zu machen. Dasselbe kann man vom hypothekarischen Gläubiger sagen, der den Besitz erlangt. Darum gebührt auch ihm keine utilis Vindicatio. Ueberhaupt stehen sich Pignus prätorium und Hypothek, wie sie beide prätorischen Ursprungs sind, sehr parallel gegen über. Justinian verband daher zwar auch mit diesem Pignus eine in rem Actio, aber nur die Hypothecaria [2]), nicht die utilis Vindicatio des civilen Pignus.

3. Zu den oben angeführten Beziehungen, in welchen der Faustpfandgläubiger als Dominus behandelt wird, dürfte noch eine wenig beachtete kommen. Das Vitium der Res furtivae und vi possessae soll nach vielen Stellen durchaus nur dadurch purgirt werden, daß sie in die Gewalt des Dominus zurückkehren [3]). Daneben wissen wir aus zwei Stellen, daß auch Rückkehr in die Gewalt des Faustpfandgläubigers und des Precario accipiens genügt [4]). Beide Personen haben Possessio, also

---

1) Fr. 3. §. 23. Fr. 10. §. 1. Dig. de acq. vel. amitt. poss. XLI, 2.

2) c. 2. Cod. de praetor. pign. VIII, 22.

3) Unterholzner Gesammt. Verjährungl. Th. 1. §. 68. Not. 229. §. 74. Not. 259.

4) Fr. 49. Dig. de usurp. XLI, 3. Fr. 6. §. 3. Dig. de precario. XLIII, 26. Ich will hier übrigens nicht verhehlen, daß ich selbst gegen die im Texte angenommene Ansicht, daß das Vitium durch Rückkehr in die Gewalt des Creditor purgirt werde, noch Zweifel hege. Paulus sagt bekanntlich in Fr. 4. §. 6. Dig. de usurp. ganz allgemein das Gegentheil. Unterholzner, a. a. O. S. 227., scheint mir zur Auflösung des Widerspruchs, etwas in die letztere Stelle hineinzulegen, wozu sie selbst keine Veranlassung giebt. Ich würde daher

auch denken, daß der gegenwärtige Besitzer, einem Anderen, der dadurch gar kein Recht an der Sache erhalten soll, die Detention derselben überläßt, und ihm zugleich gestattet, oder zur Pflicht macht, sie als die seine zu besitzen. Auch ein solcher wird Animus domini mit der Sache verbinden, und sich von den drei bis jetzt in Betrachtung gezogenen Possessoren nur darin unterscheiden, daß sein Animus nicht auf einem, ihm an der Sache zustehenden Dominium, sondern auf einer Gestattung oder einem Auftrage des bisherigen Besitzers beruht. Der Besitz als solcher würde daher auch hier, wie sonst, durch Detention und Animus domini gebildet, durch nichts ausgezeichnet sein, mithin wieder nicht unter Savigny's Begriff vom abgeleiteten Besitz gestellt werden können.

In der That gedenken die Quellen des römischen Rechts einer so entstandenen Possessio in zwei Fällen:

1. Possessio des Precario accipiens.

Dem Precario accipiens wird in vielen Stellen Possessio beigelegt. Am allgemeinsten erklärt sich darüber Ulpianus ad Edictum [1]).

> „Meminisse autem nos oportet, eum qui precario habet, etiam *possidere.*"

Ich übergehe dabei die Frage: ob, nach römischer Rechtsansicht, jedes Precarium, wo nicht ausdrücklich das Gegentheil verabredet wurde, die Gestattung der Possessio an sich in sich schließt, oder ob sie ausdrücklich zugestanden sein muß [2]). Jedenfalls ist gewiß, daß dieser Possessio in

1) Fr. 4. §. 1. Dig. de precario. XLIII, 26.

2) Ueber Meine Obs. jur. civ. Obs. IV. Cp. I., wo ich die letztere Ansicht in Schutz nahm, ist ganz entgegengesetzt geurtheilt worden. Vergl. Elvers, in der Tübinger krit. Ztschr. B. 1. Hft. 2. S. 88. Unterholzner, ebendaselbst. Bd. 4. S. 383 — 386. *Mühlenbruch* Doctr. Pand. Ed. II. Vol. II. §. 346. Not. 6.

keiner Stelle eine Beschaffenheit beigelegt wird, aus welcher sich etwas für das Dasein eines abgeleiteten Besitzes in Savigny's Sinn, schließen ließe. Vielmehr bestätigen alle Stellen, welche einen Blick in das nähere Wesen dieses Besitzes gewähren [1]), die so eben aus der Natur der Sache entwickelte Ansicht, daß er auf einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestattung des „*possidere*," einem „*possidere licere*," beruht. Da nun „*possidere*," nach römischer Rechtssprache, nichts ist als „*animo domini detinere*," und wir keinen Grund haben, hier eine abweichende Bedeutung des Ausdrucks anzunehmen, so kann die Possessio des Precario accipiens nicht füglich anders, als ich versucht habe, erklärt werden. Der Precario accipiens ist nicht dadurch Possessor, daß der Precario dans sein Jus possessionis auf ihn überträgt, sondern dadurch, daß er die Sache, mit dessen Erlaubniß, rücksichtlich des Besitzes als die seine behandelt, seiner Seits selbstständig den Animus domini mit ihr verbindet. Seine Possessio ist mithin, als solche, so selbstständig, wie jede andere. Sie ist daher, einmal begründet, auch ganz unabhängig von der ferneren Zustimmung des Precario dans, und kann deshalb nur durch ein besonderes Interdict von ihm wiedergenommen werden.

Durch die Ansicht, daß das Precarium immer Possessio begründet, wo nicht das Gegentheil verabredet ist, wird die Sache nicht schwieriger. Das Precarium erscheint dann als ein Rechtsverhältniß, welches seiner eigenthümlichen Natur nach, einem Anderen gestattet, eine fremde Sache als die seine zu besitzen. Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich dann vollständig durch die, von Niebuhr [2])

1) Meine Obs. jur. civ. a. a. O.

2) Röm. Gesch. Th. 2. S. 377 ff.

Vielleicht ist gerade diese Possessio des Sequesters die Hauptveranlassung zu Savigny's ganzer Ansicht über den abgeleiteten Besitz gewesen. Die förmliche Deposition der Possessio, von welcher Florentinus zu reden scheint, wird ihr auf den ersten Anblick günstig. Wir finden jedoch bald, sowohl aus dem weiteren Inhalte seiner Darstellung, als aus der gleichhaltigen Julian's, daß er sich nur eines bildlichen Ausdrucks bediente. Wäre hier die Possessio, im eigentlichen Sinne des Wortes, Gegenstand des Depositums, so müßte sie, bei dessen Beendigung, für die ganze Zeit desselben, dem Obsiegenden zu Theil werden, ganz wie in anderen Fällen das deponirte Object so zurückkehrt, wie es deponirt wurde. Aber gerade das, ist hier nicht der Fall. Keinem Theile soll die Possessio aus der Zeit der Sequestration zu gut kommen. Deshalb tritt keine Accessio derselben ein.

Die Possessio des Sequesters kann daher nicht so verstanden werden, als ob die Partheien ihre Possessio auf ihn übertrügen, sondern nur so, daß sie ihn beauftragen zu „*possidere*," d. h. den Gegenstand mit dem Animus domini zu besitzen. Sie beruht daher auf einer ganz selbstständigen Verbindung der Elemente des juristischen Besitzes, Detention und Animus domini, in der Person des Sequesters, und entfernt sich dadurch nicht minder von Savigny's Ansicht, als die des Precario accipiens. Nur fällt auch sie unter den oben bezeichneten Gesichtspunkt, wodurch sie sich, wie jene, von der

---

wenn der Besitzer einem Anderen seinen Besitz nicht in solcher Absicht überläßt, allerdings Accessio possessionis für die Usucapio Statt finde. Um so weniger zweifle ich, daß Fr. 13. §. 7. cit. auch auf die Ersitzung zu beziehen sei, zumal, da dieselbe Stelle vieler anderen Accessionsfälle gedenkt, die sämmtlich auch auf die Usucapio gehen.

des Emphyteuta, Superficiars und Pfandgläubigers unterscheidet.

Die Possessio des Precario accipiens und des Sequesters sind die einzigen, in den Quellen erwähnten Fälle, wo ein Besitzer, der an sich nur Detinent sein würde, den Gegenstand, vermöge besonderer Gestattung, oder eines Auftrags, als den seinen besitzt. Da nun beide auf der einfachen Wahrheit beruhen, daß Possessio vorhanden ist, wo Detention und Animus domini sich vereinigen, und daß es bei dem letzteren gleichgültig ist, ob er auf einem wirklichen oder vermeintlichen, oder wenigstens behaupteten Dominium an der Sache, oder auf einem anderen Grunde beruht, so kann ich es nicht bedenklich finden, wenn mehrere Juristen, auch beim Pachter, und anderen Detinenten, ein ähnliches Verhältniß für zulässig halten. Doch würde hier kein Grund sein, die Accessio possessionis auszuschließen.

Nach allem Bisherigen bleibt mir nichts übrig, als noch kurz zusammenzuziehen, was in dieser Abhandlung gesagt werden sollte:

> Jede Possessio setzt Animus domini voraus. Possessio ohne Animus domini ist nicht möglich, und dem römischen Rechte fremd. In den Fällen, wo man eine solche angenommen, und durch eine Uebertragung des Jus possessionis erklärt hat, tritt keine Ausnahme von der Regel ein. Die Possessio beruht auch hier auf wahrem Animus domini. Beim Emphyteuta, Superficiar und Pignoratitius creditor, nach der Natur des ihnen an der Sache zustehenden Rechts. Beim Precario accipiens und Sequester, vermöge besonderer Gewährung. Mithin giebt es keinen abgeleiteten Besitz.

VIII.

Ueber Resolutiv-Bedingungen.

Von dem Herrn Dr. G. Riesser, aus Hamburg.

(Beschluß der, im vorigen Hefte abgebrochenen, Abhandlung Nr. 1.)

§. 10.

Ich gehe zuerst zur Lex commissoria über, bei der die Anwendung meiner Grundansicht am wenigsten Schwierigkeiten hat. Es muß nun zunächst erwiesen werden, daß dieser Nebenvertrag auch in der Form jener suspensiven Bedingung vorkommen kann, so daß das Eigenthum des Käufers bis zur Erlegung des Kaufpreises suspendirt bleibt, so wie es, wenn der Kaufpreis nicht kreditirt ist, auch ohne Verabredung der Fall ist, und daß nicht etwa gegen diese Form eine so starke Vermuthung streitet, daß wir sie ohne die deutlichste Ausdrücklichkeit nicht voraussetzen dürfen. Die Hauptstellen, die von der möglichen suspensiven und resolutiven Bedeutung der Lex commissoria handeln, sind L. 3. §. 2. D. pro emtore und L. 1. D. de lege commissoria. Die erste Stelle von Paulus lautet folgendermaßen:

Sabinus, si sic emta sit, ut, nisi pecunia intra certum diem soluta esset, inemta res fieret, non usucapturum, nisi persoluta pecunia: sed videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio? si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.

Man sieht aus dieser Stelle deutlich, daß Sabinus die Lex commissoria durchaus für eine wahre Bedingung des Haupt-Geschäfts hielt, die den Erwerb des Käufers, und eben darum auch für den Fall des Erwerbs von einem Nicht-Eigenthümer die Usukapion suspendirt. Daß er aber demungeachtet die Tradition als geschehen voraussetzt, geht zur Genüge daraus hervor, daß er überhaupt von der Usukapion des Käufers redet, von der ohne dessen Besitz nicht die Rede sein könnte. Die Worte aber, die Paulus der angeführten Meinung des Sabinus beschränkend hinzufügt, sind ihrem natürlichen Sinne nach durchaus nicht so zu nehmen, als spreche Paulus darin die der des Sabinus ganz entgegengesetzte Meinung aus, nämlich, daß die Lex commissoria immer ein resolvirender Nebenvertrag sei; er macht vielmehr in seinem Zusatze nur darauf aufmerksam, daß die Folgerungen des Sabinus wegfallen müssen, wenn jene Klausel nicht als Bedingung erscheine. Er will also mit dem videamus entweder einen Zweifel an der ganzen Ansicht des Sabinus aussprechen, über den er selbst noch keine Gewißheit hat — denn war er von der entgegengesetzten Ansicht überzeugt, so mußte er sich gewisser ausdrücken — oder, was viel wahrscheinlicher ist, er will mit dem videamus so viel sagen, daß Sabinus zu allgemein gesprochen und die Fälle übersehen habe, in denen die Lex commissoria ein wahrer resolvirender Vertrag sei, daß man mithin im einzelnen Fall auf Worte und Sinn der Kontrahenten sehen müsse (wie es Ulpian in Beziehung auf die verwandte addictio in diem ausdrücklich verlangt), um die Bedeutung der Verabredung zu erkennen. Das Resultat der Stelle wäre demnach, daß Sabinus die Lex commissoria allgemein für eine wahre Bedingung gehalten, daß aber Paulus dagegen bemerkt, sie könne ja auch als resolvirender Nebenvertrag vorkommen. Wollte man aus dieser Stelle eine Vermuthung für eine der beiden Arten ableiten, so

müßte diese, da in ihr der eine Jurist unbedingt die Suspension, der andere nur beschränkend die Resolution daneben behauptet, nothwendig für die erste ausfallen.

Die zweite Stelle ist von Ulpian und lautet so:

Si fundus commissoria lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

In dieser Stelle spricht Ulpian nun allerdings eine Vermuthung für die resolvirende Bedingung aus. Obgleich ich ihr die vorige Stelle gewissermaßen entgegensetzen könnte, so kann ich sie doch ohne Bedenken anerkennen, wenn man nur in jenem magis est nicht mehr sucht, als man billiger Weise darin suchen sollte, nämlich eine Vermuthung für zweifelhafte Fälle, ohne diesen Worten, wie es von manchen Juristen geschieht [1]), die Kraft beizulegen, die die Sphäre einer Vermuthung weit übersteigen würde, daß sie die Möglichkeit der resolutiven Form ganz aufheben, was ja doch, abgesehen von dem viel zu umfassenden Sinn, der durch diese Auslegung Ulpian's Worten aufgedrungen wird, nur zu einem geraden Widerspruch mit der Ansicht von Sabinus, selbst wie sie mit der Beschränkung des Paulus zusammengenommen in L. 2. §. 3. D. pro emtore erscheint, führen würde. Giebt man zu, daß, ungeachtet der Ulpianischen Vermuthung, da, wo es als ausgemachte Absicht der Partheien erscheint, doch jene Verabredung als suspensiv zu nehmen ist; ja giebt man nur zu, was man doch zum mindesten zugeben muß, daß das magis des Ulpian die Möglichkeit nicht aufhebt, daß sich eine Parthei manchmal auf die ihr günstige Suspensiv-Kraft der Lex commissoria berufen konnte, so ist es mir ein leichtes, die einzigen zwei Stellen, in denen etwas von Vindikation vorkommt, auf die angegebene Weise zu erklären.

1) S. bei Glück, Bd. 16. S. 286.

Es ist nämlich merkwürdig und an sich schon geeignet, Befremden gegen die herrschende Vorstellung zu erregen, daß in keiner dieser beiden Stellen, die zu den Haupt-Quellen der hier bestrittenen Lehre gehören, die Vindikation geradezu für zulässig erklärt wird. In der ersten nämlich, einem responsum des Scävola in den Pandekten, kommt sie nur in der Frage der Parthei, nicht in der Antwort des Juristen vor; in der andern, einem Reskript des Alexander Severus im Codex, kommt sie nur als Gegensatz vor. Die Betrachtung beider Stellen wird dieses deutlicher machen. Die erste ist L. 8. D. de L. C.

Scaevola, liber 7. Responsorum.

Mulier fundos Gajo Sejo vendidit, et, receptis arrhae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset, emtor pactus est, ut arrham perderet, et inemtae villae essent: die statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit; defuisse autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum emtorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in causa, *ut a venditrice vindicari debeant* ex conventione venditionis. Respondit: secundum ea, quae proponerentur, non commisisse in legem venditionis emtorem.

Nach dem oben ausgeführten scheint es kaum nöthig, den Worten dieses Gesetzes noch eine Bemerkung hinzuzufügen. Die Worte des Vertrages hatten dieselbe unbestimmte Fassung, die auch Sabinus seiner Ansicht zu Grunde legt, ut villae inemtae essent. Was war nun natürlicher, als daß die Parthei, indem sie die Frage aufwarf, ob überhaupt die Bedingungen der Wirksamkeit der L. C. für den gegebenen Fall vorhanden seien, die ihr günstigere suspensive

Deutung jener Verabredung auffaßte. Der Jurist aber, wenn er auch die von Ulpian ausgesprochene Vermuthung in voller Kraft anerkannte, (was ja noch zweifelhaft ist, da er eben so gut Anhänger der Meinung des Sabinus gewesen sein kann) hatte, da er der L. C. für den fraglichen Fall alle Wirksamkeit absprach, durchaus keine Veranlassung, sich über die Art der Wirksamkeit, wenn er auch die fragende Parthei hierüber in einem Irthum befangen sah, zu erklären.

Die zweite Stelle ist L. 4. de pactis inter emtorem et venditorem.

Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non *vindicationem rei* eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

– Man sieht, daß auch diese Stelle die Vindikation keinesweges gestattet, sondern nur voraussetzt, daß sie im gegebenen Falle, wenn sich der Berechtigte zu rechter Zeit erklärt hätte, zulässig gewesen wäre. Da diese Stelle ein Reskript ist, mithin die Voraussetzung eines besonderen Falles nöthig macht, so ließe sich, wenn das Reskript ausdrücklich Vindikation gestattete, nichts gegen die Erklärung einwenden, daß im Falle des Reskripts die L. C. auf eine Weise gefaßt war, die keinen Zweifel an der suspensiven Bedeutung zuließ. Da es sie aber nicht wirklich gestattet, so ist diese Voraussetzung nicht einmal nöthig. Man braucht nur anzunehmen, daß die ansuchende Parthei wiederum, wie natürlich, die ihr günstige suspensive Deutung angenommen und die Sache so vorgestellt habe, als sei sie dem gemäß von Anfang an, mithin nach ihrer Ansicht auch noch jetzt, zur Vindikation berechtigt. Der reskribirende Kaiser hat aber, da er ihr überhaupt alles weitere Recht aus dem kommissorischen Vertrage abspricht, so wenig, wie der respondirende Jurist in der vorigen Stelle, Ursache, sie über die Art ihrer

Ansprüche eines besseren zu belehren, oder überhaupt auf diesen Punkt einzugehen. Er läßt es daher bei den Voraussetzungen der Parthei bewenden, spricht ihr aber in der Sache selbst alles Recht ab.

Diese beiden Stellen sind aber in der That die einzigen, in denen der Vindikation als Wirkung der L. C. gedacht wird. Denn eine dritte, die von Zimmern ebenfalls so verstanden wird, läßt sich eben so gut und, ich glaube, besser auf die entgegengesetzte Weise deuten. Es ist L. 1. C. de pactis inter emtorem et venditorem.

Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emtrix arrhas perderet et dominium ad te pertineret; fides contractus servanda est.

Was die Worte der Partheien in dieser Stelle betrifft, so hat es wohl kein Bedenken, daß sie den Ausdruck „dominium ad te pertineret" auch gebrauchen konnten, wenn sie an eine persönliche Klage dachten, deren Zweck es war, daß der Verkäufer wieder sollte zum Eigenthümer gemacht werden. Die Entscheidung aber in den Worten: fides contractus servanda est deutet offenbar auf eine persönliche Klage: denn, konnte der Verkäufer aus dem ipso jure wieder sein gewordenen Eigenthum klagen, wozu die Verweisung auf die Verpflichtung zur Erfüllung eines Vertrages, der keiner Erfüllung mehr bedarf, weil er sich, so zu sagen, selbst erfüllt hat, so daß die Verpflichtung des Käufers zur Herausgabe der Sache eben so wenig mehr auf einem Kontrakts-Verhältnisse beruht, wie die irgend eines Beklagten im Vindikations-Prozesse zur Herausgabe der fremden Sache an den Eigenthümer?

Außer der gegebenen Erklärung der scheinbar widerstreitenden Stellen kann man mit Recht noch positive Gründe dafür verlangen, daß in den Fällen, wo, den Worten des Vertrages oder einer Vermuthung gemäß, an Resolution

entschieden gedacht wurde, wirklich nur persönliche Klagen gestattet wurden. An solchen Gründen fehlt es nun, außer den oben angeführten Gründen und Analogieen, auch in der speciellen Beziehung auf die Lex commissoria keinesweges; ich glaube vielmehr, daß, wenn man alle verschiedenen Stellen ihrem bloßen Wortsinne nach ohne irgend einen Vereinigungs-Versuch zu Gunsten der einen oder anderen Meinung zusammenfaßte, ein starkes Uebergewicht auf der Seite der persönlichen Klagen entstehen würde, woher denn auch Zimmern schon eine Vermuthung für die persönlichen Klagen hier eintreten läßt.

Eine sehr bedeutende Stelle ist zuerst L. 3. C. de pactis inter emtorem et venditorem.

Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur; si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito [1]).

In dieser Stelle, die einen Fall entscheidet, wo die Fassung des kommissorischen Vertrags keinen Zweifel an der resolutiven Bedeutung gestattete, ist das Recht zur Vindikation mit möglichster Deutlichkeit abgesprochen. Nun läßt sich freilich nicht läugnen, daß die Erklärung, die Thibaut, in der Voraussetzung, daß sie so erklärt werden müsse, um den Widerspruch mit den Stellen, die von der Vindikation reden, zu heben, und daß mit ihrer Beseitigung aller Wider-

1) Die Worte: si non p. p. tradidit machen es mehr als wahrscheinlich, daß die eine der Partheien, obgleich die Worte des Vertrags entschieden auf Resolution deuteten, doch sich auf die Suspensiv-Kraft der L. C. berufen, und darauf einen Anspruch auf Vindikation gegründet hatte. Die precaria possessio scheint gerade den Besitz des Käufers aus der vorläufigen Tradition zu bezeichnen. Das si ist dann für cum zu nehmen, da jene p. p. durch die Form des Vertrages, wie er hier vorkommt, schon ausgeschlossen ist.

streit zu Ende sei, von dieser Stelle gegeben, höchst scharfsinnig und unter jenen Voraussetzungen ein treffliches Auskunftsmittel ist. Er nimmt nämlich an, daß das Reskript einen Fall entscheide, in dem der Verkäufer, noch ehe der Termin der Erlegung des Kaufpreises verstrichen, aus irgend einem Grunde, etwa weil der Käufer dieselbe zu verwüsten anfing, die Sache zurückverlangte, in welchem Falle er denn zur Vindikation noch nicht berechtigt sei, wohl aber mit der Kontrakts-Klage darauf dringen könne, daß seine eventuellen Rechte nicht gekränkt werden. Es läßt sich indeß nicht läugnen, daß alle solche Erklärungen nur auf der Voraussetzung ihrer Nothwendigkeit beruhen, daß sie mithin ihren Werth verlieren, wenn der Zweck der Vereinigung mit andern Stellen auf eine einfachere Weise zu erreichen ist; mehr aber noch, wenn sie selbst diese Vereinigung nicht auf eine durchgreifende Weise zu bewirken im Stande sind, was hier darum der Fall ist, weil dieselbe Beschränkung auf die Kontrakts-Klage noch in anderen Stellen, die keine ähnliche Erklärung zulassen, enthalten ist. In dem Reskript selbst liegt augenscheinlich nichts, was auf jene Erklärung führte: im Gegentheil ließe sich wohl erwarten, daß das Reskript, wenn es nur von der Unzuständigkeit der Vindikation in der Zwischenzeit geredet hätte, dieses wesentlichen Umstandes mit einigen Worten erwähnt hätte. Auch spricht das gegen jene Erklärung, daß Ulpian sich in einer gleich anzuführenden Stelle gerade auf Reskripte für die Gewährung der actio venditi zur Bewirkung der Rückgabe wegen des versäumten Termins der Lex commissoria beruft. Eine direkte Widerlegung jener Erklärung indeß, d. h. der Beweis, daß das Reskript, ganz für sich betrachtet, nicht möglicher Weise so genommen werden könnte, ist freilich in allem dem nicht enthalten, und ist wohl überhaupt unmöglich. Wohl aber liegt eine indirekte Widerlegung darin, daß sie den Zweck der zu einem festen Resultate führenden

Vereinigung aller der Stellen, die den stets gefühlten und nie gelösten Widerspruch zwischen Gestattung und Versagung der Vindikation enthalten, verfehlt. Es sind nämlich außer dieser Stelle und abgesehen von dem, was die Worte: fides contractus servanda est in L. 1. C. h. t. cit. zu enthalten scheinen, noch folgende Stellen der Pandekten gegen die Vindikation.

L. 4. pr. D. de lege commissoria (*Ulpianus*).

Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret: videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint? itemque si deterior fundus effectus sit facto emtoris? Et quidem finita est emtio! Sed jam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut rescriptis Imperatoris Antonini et D. Severi declaratur.

Hiermit ist zu vergleichen eine Stelle von Paulus ganz ähnlichen Inhalts.

L. 6. §. 1. D. de contr. emtione.

Si fundus annua, bima, trima die ea lege venisset, ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemtus foret, ita, ut si interim emtor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit, inemto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emtor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta, placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse; nec conturbari debemus, quod inemto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emtis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est; et cum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emtori, pecunia ad diem non soluta, obliga-

tus esset: non ut omnis obligatio emti et venditi utrique solveretur.

Ferner gehört hierher L. 5. D. de L. C. (*Neratius*).

Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inemta sit: de fructibus, quos interim emtor percepisset, hoc agi intelligendum est, ut emtor interim eas sibi suo quoque jure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his judicium in emtorem dandum esse: quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

In der ersten Selle geht Ulpian ausdrücklich darauf aus, die dem Verkäufer zustehende Klage zu finden, und, wollte man annehmen, daß mit der actio venditi des Ulpian die Vindikation konkurrire, so müßte man geradezu voraussetzen, Ulpian habe die Vindikation, also gerade das wichtigste Rechtsmittel, vergessen. Diese Voraussetzung ist um so bedenklicher, da jene Konkurrenz überhaupt schwerlich zulässig ist. Bekanntlich ist die Uebertragung des Eigenthums das letzte, was aus einem Vertrage, selbst aus einem nichtigen, aus dem keine Kontrakts-Klage gestattet werden kann, aufrecht erhalten wird, so daß das umgekehrte Verhältniß, daß aus einem Kontrakt noch mit der Kontrakts-Klage geklagt wird, nachdem selbst die Eigenthums-Uebertragung vernichtet ist, etwas sehr Abnormes wäre [1]. Ferner scheint es mir, als müsse man wohl auf eine actio venditi, die den Zweck der Uebertragung der Kaufsache, also den Zweck der actio emti hat, die Analogie dieser letzten Klage in ihren Grundzügen, wenigstens so weit sie der beiden

1) Diese Zweifel gegen die Möglichkeit der Konkurrenz der Kontrakts- mit der Eigenthumsklage des Verkäufers sind sehr gut ausgeführt von Zimmern a. a. O. S. 245. 246., dessen Ausführung ich hier voraussetze,

Klagen gemeinschaftlichen Inhalt, die Tradition, betreffen, anwenden, und diese Analogie ist entscheidend gegen die Koncurrenz mit der Eigenthums-Klage. Wenn gleich die Klage nicht nothwendig auf Eigenthums-Uebertragung gerichtet ist, so bezweckt sie doch Gestattung der Ausübung des Eigenthums (habere licere emtori) durch Tradition. Diese kann nun wohl von einem Nicht-Eigenthümer, aber nicht an einen Eigenthümer geschehen, für den sie ganz bedeutungslos ist. Da nun die actio venditi im Fall jener Neben-Verträge gerade, wie sonst die actio emti, Tradition zum Zweck hat, so kann sie nicht vom Veräußerer, wenn er wieder Eigenthümer geworden ist, angestellt werden. — Auch unter dem judicium in emtorem in der dritten Stelle kann nur eine persönliche Klage aus dem Kauf-Kontrakt verstanden werden. Ward aber der Verkäufer ipso jure wieder Eigenthümer der Hauptsache, so ist nicht einzusehen, warum sich dieses Eigenthum nicht auch auf die existirenden Früchte erstrecken sollte, und dann war auch für diese die Kaufklage undenkbar. Daraus geht also hervor, daß Ulpian, Paulus und Neratius, indem sie die Kaufklage gestatten, die Vindikation ausschließen, und es wird Niemand läugnen, daß diese Stellen verglichen mit L. 3. C. cit. viel positiver und entscheidender sind, als die beiden für die Vindikation angeführten Stellen. Daß sie dieses sind, ist nun meiner Ansicht gemäß sehr einfach zu erklären. Von Ulpian und Paulus wissen wir aus den oben angegebenen Aeußerungen bestimmt, daß sie der resolutiven Deutung der L. C. den Vorzug gaben, und es steht nichts im Wege, von Neratius dasselbe anzunehmen. Die Form des Vertrages aber, die die Juristen in den angegebenen Stellen ihrer Entscheidung, als die üblichste, zu Grunde legen, nämlich „ut res inemta sit, si intra certum tempus pretium solutum non sit“ läßt es gerade den Worten nach unentschieden, ob sie eine Suspensiv-Be-

dingung oder eine bedingte Resolution enthalten. Es kann nämlich das inemtum dem Wortsinne nach bedeuten, der Kauf solle nicht abgeschlossen sein, wenn der Käufer nicht zur rechten Zeit bezahle, was eben so viel heißt, als daß er erst abgeschlossen sein solle, wenn der Käufer bezahle, was also eine wahre Bedingung enthält. Es kann aber auch in dem inemtum die bedingte Aufhebung eines unbedingt geschlossenen Kaufs liegen [1]), und dieses ist der gewöhnliche, obgleich der künstlichere, Sinn des inemtum, in welchem es bei der actio redhibitoria, dem pactum displicentiae und dem pactum de retrovendendo vorkommt. Bei dieser Zweideutigkeit nehmen nun die angeführten Juristen ihrer Vermuthung gemäß die in dem „ut res inemta sit" enthaltene Klausel natürlich für resolutiv, und darum ist denn auch bei ihnen von Vindikation keine Rede.

Für eine andere Vereinigung dieser Stellen mit denen, die von der Vindikation reden, hat sich Zimmern a. a. O. erklärt. Er nimmt nämlich an, es sei darin auf die verschiedene Absicht der Partheien Rücksicht genommen, die entweder auf eine persönliche oder auf eine dingliche Klage gerichtet sein könnte. Dieser Ansicht kann ich zuerst darum nicht beistimmen, weil ich überhaupt nicht glaube, daß ein Vertrag, auch ein resolvirender Neben-Vertrag, direkt auf Erwerbung des Eigenthums wirksam gerichtet sein könne, weil mir daher auf diese Weise, wenn auch der Widerspruch, doch nicht die Anomalie gelöst zu sein scheint. Ferner aber glaube ich, daß sich die Ansicht von Zimmern auch nicht durch Interpretation rechtfertigen läßt. In keiner der Stellen, die von Vindikation oder von Kontrakts-Klagen reden, ist von einer Verschiedenheit der Absicht der Kontrahenten in jenem

---

1) Dieser Doppelsinn des inemtum erklärt sich am besten so, daß die Partikel „in" die bloß negirende Bedeutung unseres „un" und die aufhebende unseres „ent" in sich vereinigt.

Sinne die Rede; nirgends wird auch für die eine oder die andere Absicht eine Vermuthung ausgesprochen. In den angeführten Stellen namentlich, die für die actio venditi entscheiden, ist als Grundlage der Entscheidung nur der Inhalt des Vertrages: ut res inemta sit angegeben, und es läßt sich nicht denken, daß ein Jurist in einer Stelle, die kein Reskript und kein responsum, sondern aus einem zusammenhängenden dogmatischen Werk ist [1]), das eigentliche faktische Moment seiner Entscheidung, hier die Absicht der Partheien, in Petto behalten und sich so offenbaren Mißverständnissen aussetzen wird. Die Stelle von Paulus beruft sich zwar für die a. v. auf die Absicht der Partheien, aber in einem ganz andern Sinn. Es war nämlich bei allen Neben-Verträgen über die Auflösung des Kontrakts Zweifel darüber, ob nach geschehener Auflösung zur Bewirkung der gegenseitigen Rückgabe noch die Klagen aus dem Kaufkontrakt angestellt werden könnten. Wenn man nun aber diese nicht zuließ, gab man nicht etwa dingliche anstatt der persönlichen, sondern allgemein persönliche anstatt der Kontrakts-Klagen. So giebt die L. 12. D. de praescr. verbis auf Erfüllung eines pactum de retrovendendo anstatt der actio venditi eine actio praescriptis verbis; so die L. 6. D. de resc. vend. wegen des pactum displicentiae die actio emti, oder eine actio proxima emti in factum, während andere Stellen hier mit der actio redhibitoria aushelfen. So konnte man denn auch bei der Lex commissoria an der a. v. fundo inemto facto Anstoß nehmen. Dennoch erklären sich Ulpian und Paulus dafür, jener, indem er sich auf Reskripte stützt, dieser, indem er den Grund angiebt, daß die Partheien das inemtum nicht so meinten, daß gar keine weitere Verbindlichkeiten aus dem Kauf-Vertrage Statt

---

1) Die Stelle von Ulpian ist aus seiner Schrift ad edictum, die von Paulus aus der Schrift ad *Sabinum*.

finden sollten. Dieses Berufen auf die Absicht der Partheien soll also nicht die a. v. im Gegensatz der Vindikation, sondern im Gegensatz der allgemein aushelfenden persönlichen Klagen begründen. — Da sich nun in den Stellen, die die verschiedenen Entscheidungen über dingliche und persönliche Klagen zu enthalten scheinen, keinesweges eine Verschiedenheit in den Ausdrücken, womit die Partheien den Vertrag bezeichnet hatten, nachweisen läßt [1]), so sieht Zimmern den Grund, warum in einigen Stellen die Absicht der Partheien ausnahmsweise als auf Vindikation gerichtet angenommen wird, darin, daß in diesen zu der Lex commissoria auch eine arrha hinzugefügt, also ohnehin etwas ungewöhnliches geschehen war. Ob die Hinzufügung einer arrha ungewöhnlich war, möchte zweifelhaft sein (vergl. L. 6. pr. D. h. t.); eine innere Beziehung zwischen arrha und Vindikation ist schwerlich zu finden; aber auf jeden Fall ist jener Grund der Entscheidung nicht ausreichend. Von den beiden Stellen, die von Vindikation reden, enthält freilich die eine, die L. 8. D. h. t., zufällig einen Fall, in dem eine arrha hinzugefügt war, die andere aber, die L. 4. C. h. t., enthält nichts der Art. Auch setzt eine andere oben angeführte Stelle, die L. 1. C. h. t., in der, wie ich glaube, nur eine persönliche Klage gestattet ist, gerade einen Fall mit einer arrha voraus: doch findet Zimmern auch in dieser Stelle die Vindikation.

Was nun das Schicksal der vom Käufer vor Eintritt des Termins konstituirten dinglichen Rechte betrifft, so folgt daraus,

---

1) Nähme man eine solche an, so würde man der Sache nach auf die alte Unterscheidung zwischen verbis directis und obliquis zurückkommen, was Zimmern jedoch nicht will, und wovor Wening in der dritten Ausgabe des Civilrechts, §. 116, wo er der Ansicht von Zimmern gefolgt ist, ausdrücklich warnt. Der Unwerth jener Unterscheidung ist von Thibaut genügend nachgewiesen.

daß, wie ich gezeigt zu haben glaube, die Rechte des Verkäufers sich im Falle einer wirklichen Resolution auf persönliche Klagen gegen den Käufer beschränken, daß jene dinglichen Rechte fortbestehen. Ein besonderer positiver Beweis kann und braucht hierüber nicht geführt zu werden: denn es giebt keine Stellen, die besonders von diesem Verhältniß handeln, mithin ist alles von der Entscheidung jener Vorfrage abhängig. Gesterding [1]) nimmt es freilich ohne weitere Gründe als sich von selbst verstehend an, daß die dinglichen Rechte erlöschen, obgleich auch er durchaus keine Vindikation zuläßt (vgl. §. 3.): wofür er aber keine anderen Gründe angiebt, als daß die Stellen, die man dafür anführt, nicht in Betracht kämen, und daß man vindicare für das Abfordern der Sache vom Käufer nehmen könne. Glück [2]) aber, der viel konsequenter das Erlöschen der dinglichen Rechte in Verbindung mit der Vindikation des Verkäufers annimmt, führt noch besonders dafür an L. 31. de pignoribus. Diese Stelle enthält den unbestrittenen Satz, daß das vom Emphyteuten an der Emphyteuse bestellte Pfandrecht erlösche, wenn die Emphyteuse wegen nicht entrichteten Kanons an den Eigenthümer zurückfällt [3]). Das hat denn auch keinen Anstand, weil der Eigenthümer die Emphyteuse auf dinglichem Wege vermöge seines Eigenthums zurückerwirbt; eine analoge Anwendung dieses Gesetzes auf unseren Fall aber kann durchaus nicht zugegeben werden, ehe der Beweis geführt ist, daß das Recht des Veräußerers aus dem kommissorischen Vertrage ebenfalls ein dingliches ist.

---

1) Pfandrecht. §. 39. not. 3.

2) Pandekten-Kommentar. Th. 16. S. 297. not. 23.

3) Vergl. Fritz a. a. O. S. 295.

§. 11.

Ich gehe jetzt zu dem zweiten der hieher gehörigen Fälle, zu der addictio in diem, über. Bei diesem Neben-Vertrag ist man immer auf die Möglichkeit der suspensiven Form aufmerksamer gewesen, als bei dem vorigen, weil sie entschiedener, und in dem tit. de in diem addictione selbst ausgesprochen wird, ohne jedoch diese Möglichkeit zur Lösung jenes Problems mehr als dort zu benutzen, was freilich hier größeren Schwierigkeiten unterworfen ist. — Aus L. 2. §. 4. pro emtore sehen wir, daß die Meinungen mancher Juristen sich hier gerade gegenüberstanden, indem die einen die add. in d. stets für resolvirend, die anderen sie stets für suspendirend hielten. Für die add. in d. hat indessen diese Stelle eine viel geringere Bedeutung, als der §. 3. desselben Fragments für die Lex commissoria hat, weil im tit. de in diem add. selbst eine Stelle von Ulpian enthalten ist, worin derselbe die Frage gründlicher behandelt, und die einfache Antwort giebt, daß man auf den Willen der Kontrahenten sehen müsse. Wir können diese Stelle unbedenklich als die Grundlage unserer Untersuchung betrachten, da sie die streitenden Meinungen auf die natürlichste Weise von der Welt in sich vereinigt: denn es ist in der That nicht der geringste Grund vorhanden, dem Willen der Partheien die Möglichkeit der einen oder andern Form abzusprechen. Die Stelle lautet so:

L. 2. pr. D. de in diem addictione.

Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, *ut, meliore allata conditione, discedatur,* erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur: sin autem hoc actum est, *ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur,* erit emtio conditionalis.

Eine Vermuthung für eine der beiden Formen iſt in dieſer Stelle nicht enthalten. Auch gewährt ſie uns den Vortheil, der uns bei der Lex commissoria durch die erwähnte Zweideutigkeit der Formel: ut res inemta sit, ganz entgeht, daß wir bei den einzelnen Stellen aus den Worten des Vertrags auf die Bedeutung, den die Kontrahenten ihm geben wollten, ſchließen können. Wir können nämlich wenigſtens bei den Stellen, die von Ulpian herrühren, was zufällig bei allen hiehergehörenden der Fall iſt, mit Sicherheit annehmen, daß da, wo, ohne daß einer Auflöſung Erwähnung geſchieht, die addictio in der Form einer dem Kaufkontrakte ſelbſt hinzugefügten Bedingung gefaßt iſt, auch in der That an eine wirkliche Bedingung gedacht iſt. Hieraus erklärt ſich denn auf's einfachſte und ſicherſte die aus Ulpian's liber 8. disputationum genommene bekannte L. 3. qbs. mod. pign. vel. hyp. solvitur.

Si res distracta fuerit sic: *nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset*, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio afferretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5. Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata; quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Es iſt augenſcheinlich, daß Ulpian ſeiner Anſicht gemäß hier, wo er die addictio ganz deutlich in der Form einer Bedingung dem Verkaufe hinzufügt, an eine wahre Bedingung gedacht haben muß: denn fand er in dieſer Form eine ſolche nicht, worin ſonſt konnte er ſie finden? Es iſt nicht möglich, die Suspenſion beſtimmter auszudrücken, als es in den Anfangsworten dieſes Geſetzes geſchieht, und, wer nicht von der Anſicht ausgeht, daß die ſuspenſive Form durchaus unzuläſſig ſei, kann darin unmöglich etwas anderes finden. Die hier angeführte Entſcheidung des Marcellus kann alſo bloß auf den Fall der

Suspensiv-Bedingung bezogen werden [1]). Wenn man die Sache sehr scharf nehmen wollte, könnte man vielleicht den **Marcellus** tadeln, daß er sage, daß in diesem Fall das Pfandrecht **aufhöre**, weil man ja, genau genommen, sagen müsse, es habe, als von einem non dominus ertheilt, gar nicht angefangen. Das ist aber im Grunde doch eine bloße Spitzfindigkeit, und die Entscheidung des **Marcellus** läßt sich sehr wohl rechtfertigen. Denn es sind nur zwei Fälle möglich: entweder die Bedingung, nämlich, daß sich kein besserer Käufer findet, tritt ein, und der Käufer wird Eigenthümer, oder sie tritt nicht ein, indem sich ein besserer findet, und dann hat er weiter kein Recht an der Sache. Im ersten Falle nun ist, da der Käufer sein eigenes Faktum nicht anfechten kann, das Pfandrecht als von seiner Errichtung an bestehend zu betrachten; also ist es ganz richtig, zu sagen, daß es im entgegengesetzten Falle aufhört. Auf diese Weise wird auch der Gegensatz mit dem pactum displicentiae, der, wie ich oben (§. 8.) gezeigt zu haben glaube, bisher nicht genügend erklärt worden ist, sehr begreiflich. Jenes pactum wurde, wie wir aus L. 2. §. 5. D. pro emtore und anderen Stellen wissen, nie anders als resolvirend gedacht; auch liegt das Resolvirende schon in dem Worte „displicere;" die wahre Bedingung müßte: si placuerit lauten, und ist daher überhaupt nicht denkbar, weil sie den Kauf lediglich in die Willkühr eines der Kontrahenten stellen und darum ungültig machen würde. Darum muß das „nisi displicuisset," wenn es gleich, so wie das

1) Wenn es nöthig wäre, könnte man auch noch einen Grund dafür, daß **Ulpian** an diese gedacht, darin finden, daß er die geschehene Tradition besonders erwähnt: denn bei einem pure abgeschlossenen Kauf ist sie etwas zu sehr sich von selbst verstehendes, um ihrer besonders zu erwähnen, um so mehr, da auch die Möglichkeit der Verpfändung sie schon voraussetzt.

„nisi meliorem conditionem invenisset," die Form einer wahren Bedingung hat, doch als Resolutiv-Vertrag genommen werden; und gerade auf diesen Unterschied will Ulpian in der Stelle aufmerksam machen.

Ganz anders aber lautet die ebenfalls von Ulpian herrührende L. 4. §. 3. D. de in diem addictione, deren Anfang der hier zu vertheidigenden Ansicht ein unüberwindliches Hinderniß entgegenzusetzen scheint. Dieser Anfang lautet so:

Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, *pure vendito et in diem addicto* fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset.

Diese Worte unterscheiden sich sehr merklich von denen der vorigen Stelle dadurch, daß darin ganz deutlich ein unbedingter Kauf, mithin die addictio als resolvirend vorausgesetzt wird. Aber die Stelle fährt so fort:

Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret.

Kann man daraus, frage ich, daß ein ertheiltes Pfandrecht keine Dauer hat, schließen, daß der Ertheiler Eigenthümer ist? Liegt es nicht gerade im Wesen des Eigenthums, daß der dazu Berechtigte dingliche Rechte selbstständig und unwiderruflich zu errichten vermag? Selbst die gewöhnliche Theorie vorausgesetzt, könnte man nur sagen: ohngeachtet die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte erlöschen, so ist er doch Eigenthümer, weil er es durch unbedingte Tradition geworden ist. Wem aber wird es einfallen, so zu schließen: daraus, daß die von ihm ertheilten dinglichen Rechte erlöschen, folgt, daß der Käufer Eigenthümer ist? Denn wäre er nicht Eigenthümer, so würden sie ja noch viel nothwendiger erlöschen, weil er dann entweder gar keine oder doch nur eine bedingte Dispositions-Fähigkeit hat. Nur aus der gerade entgegen-

gesetzten Behauptung, daß ein konstituirtes Pfandrecht besteht, läßt sich der Schluß ziehen, daß der Konstituent Eigenthümer ist; denn gerade das vom Eigenthümer errichtete Pfandrecht und nur dieses hat eine dauernde Bedeutung. — Man kann aber den in der Stelle enthaltenen Schluß nicht etwa auf die Weise retten, daß man sagt: ist der Käufer nicht Eigenthümer, d. h. ist die addictio als eine wahre Bedingung gemeint, so kann das von ihm ertheilte Pfandrecht darum nicht aufhören, weil es gar nicht anfängt; und zwar ist diese Erklärung besonders darum unzulässig, weil in der angeführten L. 3. qbs. mod. pign. derselbe **Marcellus**, und, wie wir gesehen haben, mit Recht, sich auch für diesen Fall des Ausdrucks „finiri pignus" bedient, also **Ulpian** hier unmöglich aus dem desinere auf den entgegengesetzten Fall schließen kann; auch würden die Worte: alioquin nec pignus teneret nicht passen: denn das tenere ist gerade der bezeichnendste Ausdruck für das Gegentheil von desinere, und kann nicht so viel als ab initio valere heißen [1]). Wer aber sagt, daß das Pfandrecht sonst, d. h. außer dem gegebenen Falle, nicht fortdauern würde, muß nothwendig vorher gesagt haben, daß es im gegebenen Falle, also, wenn der Käufer Eigenthümer ist, fortdauert. Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, daß diese Stelle nicht anders einen Sinn bekommen kann, als wenn man, obgleich alle mir bekannten Ausgaben sie so lesen, wie sie angeführt ist, und ich bis jetzt nirgends eine Variante gefunden habe, den ersten Satz negativ liest, indem man vor desinere ein non einschiebt. Nur so wird der Schluß auf das Eigen-

---

1) Wäre das der Fall, so müßte auch das teneret, da dann auf diesem Worte aller Nachdruck liege, nothwendig vor pignus stehen: so aber liegt der Nachdruck auf pignus und der Sinn kann kein anderer sein, als: wäre der Käufer nicht Eigenthümer, so würde auch **das von ihm ertheilte Pfandrecht** nicht fortdauern.

thum des Käufers erklärbar; nur so werden die Worte: alioquin nec pignus teneret begreiflich; nur so, scheint es mir, kann Ulpian die Stelle geschrieben haben. Für diese Emendation spricht auch außerdem, daß sie das einzige Mittel ist, einen Sinn für jene Stelle, Einheit und Uebereinstimmung für die ganze Lehre zu gewinnen, noch der Umstand, daß sich der Ursprung der unrichtigen Lesart sehr natürlich erklären läßt. Man hat nämlich von jeher den wesentlichen Unterschied zwischen dieser Stelle und der L. 3. qbs. mod. pign., die durch die Aehnlichkeit des Inhalts, so wie dadurch, daß in beiden Stellen die Meinung des Marcellus von Ulpian angeführt wird, in sehr naher Berührung miteinander stehen — den Unterschied nämlich, daß in der einen die Entscheidung sich eben so ausdrücklich auf die suspensive, wie in der andern auf die resolutive Form der addictio bezieht, übersehen [1]), und mußte daher, wenn die Stelle so lautete, wie ich es annehme, einen unauflöslichen Widerspruch zwischen den Entscheidungen beider Stellen finden. Die L. 3. qbs. mod. pign. war nun durch den entscheidenden Gegensatz des quamvis finiri non putet im Fall des pactum displicentiae vor Veränderungen gesichert. Es ist daher nichts natürlicher, als daß die Abschreiber bei der L. 4. §. 3. cit. an die dem Scheine nach so ganz ähnliche L. 3. cit. dachten, und jene nach dieser modificiren zu müssen glaubten, wobei sie freilich übersahen, daß dadurch der innere Zusammenhang jener Stelle ganz aufgehoben ward. Die beiden Stellen müssen indessen in der That bei Marcellus verschieden gewesen sein; doch

---

1) Schon die Basiliken haben in der Uebersetzung der L. 3. cit. die suspensive Form gänzlich verwischt, und bis auf die neueste Zeit hat man immer angenommen, daß die beiden Stellen dieselben Worte des Marcellus anführen. Thibaut a. a. O. S. 371. Zimmern a. a. O. S. 242. not. 14.

folgten sie höchst wahrscheinlich auf einander [1]), um den Unterschied zwischen der suspensiven und resolutiven addictio in's Licht zu setzen, einen Unterschied, der in Voraussetzung der gewöhnlichen Theorie, daß auch im Fall der Resolution dem Verkäufer Vindikation zusteht, und die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte erlöschen, so wesenlos ist, daß es kaum begreiflich wäre, daß die römischen Juristen so viel Werth auf denselben gelegt. Denn was zuerst die Früchte betrifft, so ist der Unterschied, daß der Käufer im Fall der Resolutiv-Bedingung dieselben erwirbt, nicht aber im Fall der Suspensiv-Bedingung, unter jener Voraussetzung nur scheinbar. Denn findet sich kein besserer Käufer, so erwirbt der Käufer mit Eintritt des festgesetzten Termins auch im Fall der Suspensiv-Bedingung die Früchte, die er ja bereits besitzt, vermöge der rückwirkenden Kraft der Bedingung eben so, als hätte er sie gleich bei der Perception erworben; findet sich aber ein besserer Käufer, so müßte wiederum auch im Fall der Resolutiv-Bedingung das Eigenthum an den Früchten zugleich mit dem an der Hauptsache ipso jure so zum Verkäufer zurückfallen, als wäre der Käufer ein Eigenthümer gewesen; die Veräußerungen der Früchte, wie die der Hauptsache wären nutzlos, weil sie den dritten Erwerber nicht vor der Vindikation des Veräußerers schützen könnten; die Wirkungen beider Arten von Bedingungen wären also der Sache nach dieselben. Nicht minder wesenlos ist der Unterschied, daß der Käufer im Fall der Resolutiv-Bedingung usukapiren kann, nicht aber im Fall der Suspensiv-Bedingung. Denn findet sich kein besserer Käufer, so kann er sich vermöge der accessio possessionis natürlich auch im Fall der Suspensiv-Bedingung die Zeit vor dem abgelaufenen Termin zu Behuf der Usu-

---

1) Sie sind beide aus dem 5ten Buch der Digesta des Marcellus.

kapion anrechnen; findet sich aber ein besserer Käufer, so hilft ihm die Usukapion überhaupt nichts, da sie ihn natürlich gegen seinen Veräußerer, gegen den er nicht in bona fide ist, nicht schützt [1].

Mit den ausgeführten Gründen glaube ich eine Konjektur als nothwendig gerechtfertigt zu haben, die die einzige Stelle, die meiner Ansicht ein unüberwindliches Hinderniß in den Weg zu legen scheint, beseitigt, indem sie zugleich ein entscheidendes Argument für dieselbe erzeugt; denn so, wie es mir scheint, daß Ulpian die Stelle geschrieben haben muß, enthält sie ganz bestimmt die Entscheidung, daß im Fall der Resolutiv-Bedingung das Pfandrecht nicht aufhört.

Ich gehe jetzt zu der zweiten mit der vorigen genau zusammenhängenden Hälfte der Untersuchung über, zu der Bestimmung der Klagen des Veräußerers aus der resolutiven addictio in diem im Fall des erfolgten besseren Gebots. Diese Untersuchung kann als Prüfstein der vorigen betrachtet werden. Erscheinen nur persönliche Klagen als das Resultat derselben, so sind dadurch auch meine Behauptungen über das Fortbestehen der dinglichen Rechte (vgl. §. 3.) auf eine unwiderlegliche Weise gerechtfertigt; steht aber dem Veräußerer, wie bis jetzt allgemein angenommen worden ist, die Vindikation zu, so fallen meine obige Behauptungen zusammen; denn dann müssen, so wie sein Eigenthum selbst, auch die vom Käufer ertheilten dinglichen Rechte schwinden.

Die Stellen, die von den Klagen des Veräußerers handeln, sind L. 4. §. 4. und L. 16. D. h. t., ferner L. 41. D. de R. V. Alle diese Stellen sind ebenfalls von Ulpian. Die beiden ersten lauten so:

---

1) Dasselbe Argument gilt auch für die Lex commissoria.

L. 4. §. 4. D. h. t. [1])

Julianus scripsit, eum, qui emit fundum in diem, interdicto quod vi aut clam uti posse: nam hoc interdictum ei competit, cujus interest, opus non esse factum, fundo autem (inquit) in diem addicto, et commodum et incommodum omne ad emtorem pertinet, antequam venditio transferatur: et ideo, si quid tunc vi aut clam factum est, quamvis melior conditio allata fuerit, ipse utile interdictum habebit; sed eam actionem, sicut fructus, inquit, quos percepit, venditi judicio praestaturum.

L. 16. ibidem.

Imperator Severus rescripsit: sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est: ita rursus quae prior emtor medio tempore probaverit erogata, de reditu retineri: vel, si non sufficiat, solvi aequum est. Et credo, sensisse principem de emti venditi actione.

In beiden Stellen ist die Kaufklage als das Mittel angegeben, wodurch der Verkäufer die Früchte vom Käufer zurückerhält. Fiele die Hauptsache ipso jure, ohne daß es der mit der Kaufklage zu erzwingenden Tradition bedürfte, an den Eigenthümer zurück, so müßte dasselbe auch mit den existirenden Früchten als Accessionen der Fall sein [2]), an denen doch der Käufer kein stärkeres Recht, als das Eigen-

1) Diese Stelle ist wörtlich wiederholt in L. 11. §. 10. D. qd. vi aut clam.

2) Mit Recht bemerkt Zimmern, daß der Käufer auch in Beziehung auf die konsumirten Früchte, worauf Thibaut die L. 16. cit. zu beziehen scheint, keinesweges nach den Grundsätzen der Vindikation von der Ersatzpflicht frei wäre, da der nicht als bonae fidei possessor betrachtet werden kann, der da weiß, daß er in einem bestimmten Fall die Sache herausgeben muß.

thumsrecht erworben haben kann. Wenn er aber wieder Eigenthümer wird, wozu die actio venditi? und woher die Kontrakts-Klage aus einem Kontrakt, der bereits mit allen seinen Folgen völlig vernichtet ist [1])? Daß aber Ulpian in den Worten, die er in der L. 16. cit. der Entscheidung des Kaisers hinzufügt, sich des zweifelnden „credo principem sensisse" bedient, erklärt sich entweder daraus, daß aus dem angeführten Reskript nicht deutlich zu ersehen ist, ob nicht etwa der Fall der suspensiven addictio zu Grunde gelegen, und dem Verkäufer daher die Vindikation zustand, oder, was mir wahrscheinlicher ist, aus dem oben berührten Zweifel, ob zu Behuf der vertragsmäßigen Auflösung eines Kontrakts die Kontrakts-Klagen selbst zu gestatten wären, oder nicht vielmehr actiones in factum oder andere aushelfende Klagen an ihre Stelle treten müßten.

Man würde bei dem klaren Inhalt jener beiden Stellen nie über die Gestattung persönlicher Klagen hinausgegangen sein, wenn man nicht durch die dritte der angeführten Stellen, L. 41. D. de R. V. dazu berechtigt zu sein geglaubt hätte. Von dieser Stelle werde ich zuerst zu beweisen suchen, daß sie selbst, so wie sie in unseren Rechtsquellen

---

1) Ich deute hier meine Gründe gegen die Koncurrenz der actio venditi mit der Vindikation nur kurz an, weil ich sie oben in Beziehung auf die Lex commissoria ausgeführt, und verweise nochmals auf die dort angeführte Ausführung von Zimmern. Was aber Zimmern's eigne Vereinigung der L. 4. §. 4. und L. 16. cit. mit der L. 41. de R. V. betrifft, in der auch er die Vindikation des Käufers begründet findet, so habe ich dagegen dieselben Gründe, wie bei der Lex commissoria. Es deutet nicht nur keine einzige Stelle auf die Verschiedenheit im Willen der Kontrahenten hin, sondern es enthält gerade die erste Hälfte der L. 41. einen Ausdruck (ut ab emtione recedatur), in dem mehr als in irgend einem andern der auf bloße persönliche Klagen gerichtete Wille hätte gefunden werden müssen.

erscheint, ein viel minder umfassendes Resultat gewährt, als man bisher in ihr gefunden; dann aber werde ich es wahrscheinlich zu machen suchen, daß sie in ihrem ursprünglichen Zusammenhange bei Ulpian eine durchaus verschiedene Bedeutung gehabt.

Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest; postea non poterit.

Die Art, wie Anton Faber [1]) diese Stelle zu entfernen sucht, indem er nämlich annimmt, daß das Eigenthum des Käufers wegen der erfolgten Resolution des Eigenthum übertragenden Geschäfts aufhöre, daß aber darum der Verkäufer doch nicht wieder Eigenthümer werde, daß es vielmehr dazu der Tradition bedürfe, ist mit Recht von Thibaut verworfen worden. Diese Idee würde den Verkäufer in die allerschlimmste Lage versetzen, indem sie ihn jeder Möglichkeit beraubte, wieder zum Eigenthum der Sache zu gelangen: denn er wird nicht ipso jure wieder Eigenthümer; der Käufer aber, der ipso jure aufhört, es zu sein, kann ihn auch nicht durch Tradition dazu machen. Ich glaube vielmehr, daß man da, wo dem Inhalt dieser Stelle gemäß die Eigenthumsklage des Käufers wegen des erfolgten besseren Gebots zu Ende geht, dieselbe allerdings dem Verkäufer einräumen muß. Aber hierauf ist denn auch die Entscheidung jener Stelle, die man ganz unvermerkt bisher immer weit über ihren Inhalt ausgedehnt hat, selbst wenn man sie ganz isolirt betrachtet, zu beschränken. Sie setzt nämlich voraus, daß im Augenblick des besseren Gebots dem Käufer die Eigenthums-

1) Rationalia ad hunc locum.

klage gegen einen dritten Besitzer zusteht, und läßt diese dann eben wegen des besseren Gebots aufhören, trägt sie mithin auf den Verkäufer über. Sie spricht also nicht von dem Fall, wo der Käufer sich vor dem besseren Gebot des Eigenthums durch Veräußerung begeben hat; denn dann kann nicht mehr von der Beendigung seiner Eigenthums-klage die Rede sein. Eben so wenig spricht sie von dem Fall, wo der Käufer nicht nur Eigenthümer, sondern auch Besitzer ist, also keine Eigenthums-Klage gegen einen Dritten hat. Dieser Unterschied aber, der sonst ein bloß faktischer ist, hat gerade in Beziehung auf die Uebertragung juristische Bedeutung; denn die Uebertragung des Eigenthums ist ein ganz anderer juristischer Akt, als der Uebergang einer bestimmten Eigenthumsklage. Diese Sätze werden deutlicher werden, wenn ich die Resultate darlege, die ich in dieser Stelle, mit den oben angeführten auf eine Weise vereinigt, die jeden Schein des Widerspruchs möglichst schwinden macht, und doch jeder der Stellen ihr volles Recht widerfahren läßt, zu finden glaube.

1. Hat der Käufer bei resolutiver addictio vor dem erfolgten besseren Gebot die Sache veräußert, so hat das bessere Gebot auf das Eigenthum des Dritten keinen Einfluß; denn ein solcher Einfluß ist allen allgemeinen Grundsätzen zuwider, und weder die L. 41. cit. noch die andern angeführten Stellen enthalten etwas dafür. Der Verkäufer ist daher auf Entschädigungs-Klagen gegen den Käufer beschränkt, deren Quantum leicht dahin zu bestimmen ist, daß der Käufer jetzt verpflichtet wird, wozu er in jedem Falle berechtigt ist, selbst das bessere Gebot zu erfüllen.

2. Ist der Käufer im Augenblick des besseren Gebots noch Eigenthümer, und hat er auch den Besitz nicht verloren, so ist der L. 4. §. 4. L. 16. h. t. gemäß die Herausgabe der Sache selbst, so wie der Accessionen, nebst der Cession der in Beziehung auf die Sache erworbenen Klagen

(wie nach L. 4. §. 4. cit. des int. qd. vi aut clam.) mit der actio venditi zu erzwingen. Diese Klage leistet übrigens in diesem Fall dem Verkäufer dieselben Dienste, die ihm die Vindikation leisten würde, und ist ihm in Beziehung auf den Beweis vortheilhafter.

3. Hat aber der Käufer, ohne das Eigenthum veräußert zu haben, den Besitz auf eine Weise verloren, daß ihm die Vindikation zusteht, so kann er natürlich mit der actio venditi, da er nicht zu tradiren im Stande ist, zu der Cession seiner Eigenthums-Klage gezwungen werden [1]), und darauf müßte man das Recht des Verkäufers ohne besondere Gesetze beschränken. So wie man indeß in einigen andern Fällen eine Cession, die erzwungen werden konnte, als geschehen annahm, und die Klage daher ohne wirkliche Cession utiliter gestattete, so konnte man auch in diesem Falle die Vindikation des Käufers als auf den Verkäufer, der ihre Cession mit der actio venditi erzwingen konnte, übertragen ansehen. Und gerade diese und nur diese Behauptung kann man in der That, wenn man die Stelle nicht willkührlich weit über ihren Inhalt ausdehnt, darin finden, wenn **Ulpian** sagt, daß der Käufer bis zum erfolgenden besseren Gebot die Eigenthums-Klage habe, nachher aber nicht mehr; denn des Falles, wo er schon vor jenem Moment aufgehört hat, Eigenthümer zu sein, ist darin offenbar nicht gedacht. Diese ipso jure angenommene Cession der Eigenthums-Klage enthält nun auch gar nichts, was die Rechte Dritter gefährde; denn es versteht sich von selbst, daß, den Grundsätzen der Cession gemäß, wenn diese gleich gesetzlich ergänzt wird, doch der Verkäufer sich nur in dem Maße der Eigenthums-Klage bedienen kann, wie es der Käufer selbst konnte; daß er daher die vom Käufer ertheil-

1) Vergl. **Mühlenbruch**, von der Cession. §. 18. II. S. 222 — 228.

ten dinglichen Rechte nicht damit anfechten kann, daß er z. B. wenn der Käufer die Sache verpfändet hatte, sie nur, so wie dieser selbst es gekonnt hätte, gegen Entrichtung der Schuld dem Pfandgläubiger abfordern kann.

An dieser Behauptung des Ulpian bleibt nur das auffallend, daß er die wichtige Eigenthums-Klage als ipso jure übertragen annimmt, während die Uebertragung des unbedeutenden int. qd. vi aut clam. erst nach L. 41. §. 4. h. t. mit der actio venditi erzwungen werden muß. Aber selbst, wenn sich gar nichts gegen die Entscheidung einwenden ließe, so hat doch die Stelle etwas so sonderbares und in sich unzusammenhängendes, daß es schon dadurch höchst wahrscheinlich wird, daß es eine ganz eigne Bewandniß mit derselben hat. Man hat es immer schon sehr auffallend gefunden, daß die zweite Hälfte dieser Stelle, die mit sed fortfährt, obgleich mit andern Worten, ganz dasselbe, wie die erste Hälfte der Stelle enthält [1]). Mehrere ältere Juristen [2]), denen Anton Faber gefolgt ist, suchen den Unterschied darin, daß Ulpian in der zweiten Hälfte darauf aufmerksam machen will, daß bei einem fundus dasselbe gelte, wie bei einer andern Sache. Allein diese Erklärung scheint mir durchaus unzulässig. Der Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien ist im ganzen römischen Recht, namentlich auch in der ganzen römischen Lehre vom Eigenthum, den einzigen Punkt der Verjährung ausgenommen, so ganz ohne rechtliche Bedeutung, und es ist so ganz in der Regel, daß von Immobilien dasselbe gilt, wie von andern Dingen, daß die römischen Juristen es als eine besondere Abweichung bemerken würden, wenn von jenen in einem einzelnen Fall etwas besonderes gälte, es sich aber nie einfallen lassen,

---

1) Zu bemerken ist, daß schon die Basiliken, lib. 15. tit. 1. L. 40. die Tautologie gefühlt und die Stelle nur einfach wiedergegeben haben.

2) S. bei *Cujacius* ad hunc locum.

ausdrücklich zu bemerken, daß bei dem fundus dasselbe Statt finde, wo durchaus kein Grund vorliegt, etwa das Gegentheil zu vermuthen. Bei allen Rechts-Geschäften, und namentlich durch den ganzen Titel de addictione wird immer bald eine Sache im allgemeinen, bald ein fundus beispielsweise als Gegenstand angeführt, und nie wird es für nöthig gehalten, zu bevorworten, daß, was von jeder Sache gilt, auch vom fundus gelte, oder umgekehrt. Auch wird sich gleich zeigen, daß selbst diese unwahrscheinliche Annahme nicht genügt, um einen Zusammenhang für die Stelle zu gewinnen. — Cujacius [1]), dem diese Erklärung nicht zusagte, nimmt an, die Stelle rede von den beiden Formen der addictio, der resolutiven und suspensiven. Daß das si in diem addictus sit fundus der zweiten Hälfte im Gegensatz des si quis hac lege emerit, ut recedatur ab emtione, das so entschieden den Fall der Resolution enthält, die suspensive Form bezeichne, dagegen wäre nichts einzuwenden. Denn, wenn gleich die Worte in diem addictio gewöhnlich allgemein beide Formen bezeichnen, so ist es ja nichts ungewöhnliches, daß ein an sich allgemeiner Ausdruck im Gegensatz der besonderen species die dieser entgegengesetzte species bezeichnet [2]); auch kommt in mehreren Stellen, namentlich in L. 11. D. h. t. dieser Ausdruck entschieden als Bezeichnung der suspensiven Form vor. Aber für unsere Stelle, so wie wir sie den Worten nach nehmen müssen, ist diese Erklärung durchaus unbrauchbar. Denn wie soll im Fall der Suspension der Käufer zu der interimistischen Vindikation kommen, da es ja gerade das eigne dieses Falles ist, daß bis zur Entscheidung der Bedingung dem

1) Commentarius ad hunc locum: „Verius est, in hac lege proponi duas formas addictionis in diem, quae proponuntur ab *Ulpiano* in L. 2. D. de addictione in diem.“

2) Beispiele davon giebt die Terminologie in der Lehre vom Besitz.

Verkäufer die Vindikation zusteht? Es müssen also beide Hälften der Stelle auf die Resolution bezogen werden. Noch auffallender aber, als daß beide Hälften denselben Fall entscheiden, ist es, daß, obgleich die zweite Hälfte mit sed eingeführt wird, doch beide auch dieselbe Entscheidung enthalten. Wer aber sagen will, daß in einem andern Falle ganz dasselbe gelte, wie in einem oben angeführten, kann unmöglich mit „aber," sondern muß mit „auch" fortfahren [1]. Sonderbar ist dabei auch, daß die zweite Hälfte Miene macht, als wolle sie etwas anderes, wie die erste, sagen, indem sie das: antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest hervorhebt, was aber doch wieder nichts anders enthält, als was sich auch bei der ersten Hälfte von selbst versteht. Zu bemerken ist noch, daß adjectio zur Bezeichnung der melior conditio ungewöhnlich ist, und gewöhnlich das Faktum des ersten Käufers bedeutet, der so viel zulegt, als der bessere Käufer mehr geboten [2]. Zu allem dem kommt noch, daß es doch immer eine Sonderbarkeit bleibt, daß Ulpian bloß die negative Seite der Frage entscheidet, nämlich ob der Käufer aufhört, die Eigenthums-Klage zu haben, die Antwort auf die eigentlich wesentliche positive Frage aber, ob sie denn nun dem Verkäufer zusteht, gleichsam errathen läßt. Alle diese Sonderbarkeiten zusammen haben mich auf eine Vermuthung geführt, die sie alle auf eine einfache Weise auflöst, und der Stelle einen klaren, bündigen Sinn giebt: auf die Vermuthung nämlich, daß Ulpian in dieser Stelle in dem Zu-

1) Die Lesart sed et, die diese Hälfte des Räthsels lesen würde, ist, da sie die leichtere und überdieß die seltenere ist, als der Konjektur verdächtig, zu verwerfen.

2) Vergl. Glück, Commentar. Bd. 16. zu der Rubrick unseres Titels. Hierauf ist freilich wenig Gewicht zu legen, weil die Handschriften in dieser, wie in vielen anderen Stellen, zwischen addictio und adjectio variiren.

sammenhang, in dem er sie schrieb, wirklich von der Vindikation des Verkäufers, nicht von der des Käufers handelte. Wie ich dieses meine, und wie ich mir den Ideengang Ulpian's in dieser Stelle denke, kann ich am besten klar machen durch die Anführung einer Stelle desselben Juristen, die einen dem Inhalt unserer Stelle sehr ähnlichen Gegenstand behandelt, und in der gerade derselbe Ideengang offen vorliegt, dessen Spuren ich in unserer Stelle zu finden glaube.

Es ist L. 29. D. de mortis causa donationibus.

Si mortis causa res donata est, et convaluit, qui donavit; videndum an habeat in rem actionem? Et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est: sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de praelio, vel peregre rediisset; potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

Diese Stelle ist aus Ulpian's liber 17. ad edictum, aus welchem Buche auch unsere L. 41. genommen ist. Die große Aehnlichkeit des Inhalts macht es sehr wahrscheinlich, daß die Stellen bei Ulpian aufeinander folgten, wodurch es um so unwahrscheinlicher wird, daß Ulpian in der L. 41. dieselbe Frage auf eine höchst gezwungene Weise umgekehrt behandelt. Wie in unserem Falle, so auch in der L. 29., fragt es sich um das Vindikations=Recht dessen, der sich bei der Uebertragung einer Sache den Rückerwerb vorbehalten hat. Wie in unserem Fall, so ist auch dort die doppelte Form der Suspension und Resolution, und der Zustand des Eigenthums vor und nach entschiedener Bedingung bei beiden Formen zu berücksichtigen. Daß aber im Fall der Resolution bei der m. c. d. in dem defendi

potest u. s. w. die Entscheidung anders ausfällt, wie in unserem Fall, werde ich gleich unten, wo von m. c. d. die Rede sein wird, erklären.

Nun denke man sich, dem einleitenden Satz der L. 29. cit. entsprechend, etwa folgenden Satz bei Ulpian unserer Stelle vorausgehend, der durch die flüchtige fragmentarische Manier der Kompilatoren, die ihre Excerpte wohl nicht immer gerade bei'm rechten Wort anfingen, leicht weggefallen sein kann.

Qui ita vendidit, ut meliore allata conditione, discedatur ab emtione, vel ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, videamus, an habeat in rem actionem?

Auf diese Weise wäre die Frage, so wie bei der m. c. d. ganz allgemein ohne Beziehung auf einen besonderen Zeitpunkt gestellt, und es müßte daher über den Zustand des Eigenthums vor und nach entschiedener Bedingung für beide Formen entschieden werden. Zuerst beantwortet nun Ulpian die Frage für den Fall der Resolutiv-Bedingung. Hier verstand es sich nun von selbst, daß bis zum erfolgten besseren Gebot der Käufer Eigenthümer sei, und es brauchte bloß entschieden zu werden, ob nicht der Verkäufer durch das bessere Gebot sofort die Eigenthums-Klage wieder erwerbe. Dieses leugnet nun Ulpian in der ersten Hälfte der auf uns gekommenen Stelle.

Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti.

„Hat einer von ihm unter einer Resolutiv-Bedingung „gekauft, so hat er (d. h. der Verkäufer, qui ita vendidit, „das Subjekt des vorigen Satzes) keineswegs nach erfüllter „Bedingung eine dingliche Klage." Das jam non ist dann nicht mit „nicht mehr" zu übersetzen, sondern es ist nur, wie es (der verstärkten Bejahung gemäß, die durch jam ausgedrückt wird) oft vorkommt, eine verstärkte Verneinung,

so viel wie unser „keineswegs." Daß aber das Subjekt des non potest in rem actione uti nunmehr nicht in dem si quis ita emit, sondern in dem Subjekt des vorigen Satzes zu suchen ist, hat bei der lockeren Konstruktion, die bei den klassischen Juristen gewöhnlich ist, kein Bedenken, da bei dem Zusammenhang der Stelle, so wie wir ihn annehmen, kein Mißverständniß möglich war.

Nun geht Ulpian zur Erörterung des Falles der Suspensiv-Bedingung über [1]). Der wesentliche Unterschied dieses Falles von dem vorigen liegt nun gerade darin, daß hier dem Verkäufer bis zur entschiedenen Bedingung die Vindikation zusteht, und gerade dieses, wovon sich im Falle der ersten Hälfte das Gegentheil von selbst verstand, will Ulpian in der zweiten Hälfte hervorheben. Diese interimistische Vindikation hört nun natürlich auf, und geht auf den Käufer, der bereits im Besitz ist, ipso jure über, durch Ablauf des Termins, der für ein besseres Gebot gesetzt ist. Außerdem aber geht innerhalb des Termins das Eigenthum auf den Käufer dann über, wenn er sich selbst zur Erlegung des höheren Preises, den ein Anderer geboten, bereit erklärt, wozu er bekanntlich berechtigt ist, und wodurch denn der Kauf purificirt wird [2]). Hierauf nun will Ulpian ferner in der Stelle aufmerksam machen.

1) Daß das in diem addictus als Ausdruck für die suspensive Form gebraucht sein kann, ist oben bei Gelegenheit der Erklärung des Cujacius gerechtfertigt worden. Es scheint in der That, als müsse man annehmen, daß Cujacius, als er die oben angeführten Worte niederschrieb, durch eine der unseren ähnliche Vermuthung geleitet ward; es wäre sonst unbegreiflich, wie er da, wo gerade dem Käufer ausdrücklich die interimistische Vindikation zugesprochen wurde, die suspensive addictio finden konnte.

2) Vorausgesetzt, daß nicht ausgemacht ist, daß mehrere Male ein besseres Gebot angenommen werden darf, was, wie wir aus L. 11. h. t. sehen, nicht vermuthet wird, sondern einer besonderen Uebereinkunft bedarf.

Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest; postea non poterit.

„Ist die addictio eine wahre Bedingung, so kann sich „der Verkäufer (natürlich innerhalb der Grenzen des verab„redeten Termins) so lange der Vindikation bedienen, bis „der Käufer sich zur Erfüllung des besseren Gebots bereit „erklärt; dann aber geht sie auf den Käufer über."

Daß das Subjekt dieses Satzes wiederum nicht in dem Satze selbst zu suchen, sondern aus dem Subjekt des einleitenden Satzes zu ergänzen ist, konnte in dem angenommenen Zusammenhange unmöglich verkannt werden.

Giebt man dieser Vermuthung Raum, so sind alle Schwierigkeiten der Stelle vollkommen gelöst. Die beiden Hälften derselben enthalten verschiedene Fälle und verschiedene Entscheidungen; das in der zweiten Hälfte offenbar im Gegensatz der ersten hervorgehobene „antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest" kann nur in dieser Beziehung eine Bedeutung bekommen. Durch diese Vermuthung kommen ferner die Resultate der Stelle in die vollkommenste Harmonie mit allen übrigen bisher gewonnenen Resultaten. Die dingliche Klage wird dem Verkäufer im Fall der Resolutiv-Bedingung ausdrücklich abgesprochen, und er wird mithin, eben so wie in der angeführten L. 4. §. 4. und L. 16., durchaus auf die actio venditi beschränkt.

Verwirft man aber auch diese Vermuthung, die allerdings gewagt ist, und für die ein strenger Beweis unmöglich geführt werden kann, so glaube ich doch meine Meinung, gegen das aus dieser Stelle bisher genommene Argument durch den oben geführten Beweis gerechtfertigt zu haben, daß die Worte derselben, so wie wir sie in ihrem räthselhaften Zusammenhange vor uns sehen, jedenfalls nur von der auf den Verkäufer übertragenen Vindikation des Käufers gegen einen dritten Nicht-Eigenthümer, nicht aber von

einer Vindikation gegen solche, die Eigenthum oder dingliche Rechte von dem Käufer selbst erworben haben, verstanden werden können.

Ich muß noch zum Schluß ein Paar Stellen berühren, die von der add. in diem handeln, die weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas entscheidendes enthalten; aber doch der einen oder der anderen gemäß einer verschiedenen Erklärung fähig sind. Dahin gehört zuerst

L. 1. D. h. t. (*Paulus*)

In diem addictio ita fit: Ille fundus centum esto tibi emtus, nisi quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.

Bei der Auslegung dieser Stelle ist schon unter den Glossatoren darüber gestritten worden, ob sie von der suspensiven oder resolutiven Form der addictio handle, und ob daher der dominus am Schluß der Stelle der Verkäufer oder der Käufer ist. Für die Suspension erklärt sich Cujacius [1]) mit mehreren Glossatoren; für die Resolution ist die Mehrzahl der Glossatoren. Mehrere Juristen (s. bei Glück) haben auch geglaubt, Paulus drücke sich absichtlich zweideutig aus, um beide Formen zu umfassen. Von den Juristen nun, die die Stelle unbedingt auf die Resolutiv-Bedingung bezogen, haben Manche in dem Ausdruck „quo res abeat" einen Beleg für den s. g. transitus legalis gesucht. Aber dagegen ist sehr vieles einzuwenden. Denn erstlich deutet die Fassung der Stelle doch viel natürlicher darauf, daß Paulus, wie Cujacius annimmt, an die suspensive Form gedacht habe; denn er drückt die addictio ganz in der Form einer wahren dem Kauf hinzugefügten Bedingung aus, nicht in der Form eines bedingten auflösenden Nebenvertrags. Ferner ist es durchaus uner-

1) Die Interpretation von Cujacius steht in seinem Kommentar zu L. 41. cit. de R. V.

wiesen, daß das abire ein entscheidender Ausdruck für jenen Begriff ist, und nicht auch auf das Verlieren einer Sache durch persönliche Klagen gehen kann. Versteht man die Stelle von der Suspensiv-Bedingung, so hat freilich das abire hier die Bedeutung des Eigenthums-Uebergangs ipso jure, weil die Tradition als vorausgeschehen anzunehmen ist; versteht man die Stelle aber von der Resolutiv-Bedingung, so kommt es lediglich auf das Resultat der ganzen Untersuchung an, wie die Bedeutung des abire zu bestimmen ist.

Bedeutender, ist L. 9. D. de aqua et aqua pluvia arcenda, ebenfalls von Paulus.

In diem addicto praedio et emtoris et venditoris voluntas exquirenda est: ut sive remanserit penes emtorem, sive recesserit, certum sit, voluntate domini factam aquae cessionem.

Daß diese Stelle sich in allen Beziehungen sehr wohl von der suspensiven addictio erklären lasse, ist wohl nicht zu bezweifeln. Was zunächst den Ausdruck „in diem addicto praedio" betrifft, so haben wir gesehen, daß er weder für das eine noch für das andere entscheidend ist, und daß die klassischen Juristen dabei bald an diese, bald an jene Form dachten. Die Worte „sive remanserit penes emtorem, sive recesserit" können ferner eben so gut auf den Besitz, wie auf das Eigenthum des Käufers bezogen werden. Die Entscheidung selbst aber ist im Fall der Suspensiv-Bedingung auf's einfachste zu erklären. Die vom Verkäufer allein ertheilten Rechte müßten hier, wenn er sie auch, ohne Besitzer zu sein, ertheilen könnte, allerdings mit dem festgesetzten Termin, wenn sich innerhalb desselben kein besserer Käufer gefunden, von selbst erlöschen, da das Eigenthum des Käufers nach vorhergegangener Tradition hier allerdings ipso jure eintritt (vgl. oben §. 3. Nro. 1.); andererseits ist aber auch der Käufer nicht unbedingt zur

Ertheilung dinglicher Rechte befugt, weil er noch nicht Eigenthümer ist, und seine Verfügungen daher nur für den Fall, daß er Eigenthümer wird, Wirksamkeit haben; darum sagt Paulus, daß auch des Verkäufers Zustimmung nöthig sei, damit nicht nur, wenn der Käufer wirklich Eigenthümer werde, sondern auch, wenn die Sache zum Verkäufer zurückkehre, die aquae cessio fortbestehe. Die Zulässigkeit dieser Erklärung wird wohl nicht zu bestreiten sein. Wollte man indeß die Stelle auch auf die resolutive addictio beziehen, so würde sie dennoch nicht mit Bestimmtheit für die herrschende Ansicht entscheiden. Denn sie giebt ja nicht als Folge davon, daß der Verkäufer bei der Errichtung der Servitut nicht zugezogen worden, an, daß die Servitut nach erfolgtem besseren Gebot erlösche, sondern sie sagt bloß, daß der Verkäufer zugezogen werden müsse, was auch bedeuten kann, daß er im entgegengesetzten Fall vom Käufer zu entschädigen sei. Für die suspensive Deutung scheinen mir übrigens auch die folgenden Worte der Stelle zu sprechen.

Ideo autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans injuriam accipiat: nullam enim potest videri injuriam accipere, qui semel voluit.

Mit dem dominus ignorans in dieser Stelle kann nicht wohl der Käufer, dessen Mitwirken schon wegen seines Besitzes nothwendig ist, und der daher auch mitwissen muß, sondern es muß damit der Verkäufer gemeint sein; dieser kann aber nur im Fall der Suspensiv-Bedingung während des Schwebens der Bedingung dominus genannt werden.

§. 12.

Es bleibt nur noch der dritte und letzte hieher gehörige Fall, die mortis causa donatio betreffend, übrig. Diese Erörterung wird dadurch erleichtert, daß hier die persönliche Rückforderungs-Klage wieder eine condictio ist, die Konkurrenz der Vindikation mithin von selbst ausgeschlossen

wird. Würde also in verschiedenen Stellen mit gleicher Bestimmtheit bald vindicatio, bald condictio als die Klage des revocirenden Schenkers angenommen, so wäre eine reine Antinomie vorhanden, die wir allenfalls zu erklären suchen, aus der wir aber kein sicheres Resultat gewinnen könnten; was jedoch, wie wir gleich sehen werden, keinesweges der Fall ist.

Zuvörderst ist zu bemerken, daß jene doppelte Art der Uebertragung, die suspensive und die unbedingte mit hinzugefügter Nebenberedung des Rückfalls auch hier vorkommt, wie wir aus folgender Stelle sehen.

L. 2. D. h. t. (*Ulpianus*)

Julianus libro XVII. Digestorum tres esse species mortis causa donationum ait. Unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus, non sic det, ut statim faciat accipientis; sed tunc demum, si mors fuerit insecuta.

Von den beiden einzigen Stellen, die im Gegensatz von unzähligen anderen etwas von Vindikation des Schenkers zu enthalten scheinen, läßt sich die eine genügend durch die Beziehung auf das tertium genus jener Stelle erklären. Es ist L. 14. D. h. t. (*Julianus*)

Si mortis causa donatus fundus est, et in eum impensae necessariae atque utiles factae sint: fundum vindicantes doli mali exceptione submoventur, nisi pretium earum restituant.

Da diese Stelle nur etwas darüber bemerkt, wie es im Fall der Vindikation zu halten sei, ohne sich zu erklären, ob und in wie fern die Vindikation überhaupt zulässig sei, so sind wir vollkommen berechtigt, sie auf einen Fall zu

beziehen, in welchem Vindikation das natürliche Rechtsmittel ist. Uebrigens läßt sich diese unbestimmte Stelle auch von dem Fall erklären, daß der Schenker eine fremde Sache verschenkte, so daß der Vindikant der dritte Eigenthümer ist; sie will dann weiter nichts sagen, als daß der Donatar aus dem Titel der Schenkung die Vortheile der bonae fidei possessio hat.

Daß nun im Fall der unbedingten Uebertragung die Rückforderungs-Klage eine persönliche und zwar eine condictio ist, ist fast in jeder Stelle unseres Titels auf's deutlichste zu lesen. Ueberhaupt hat man es immer als etwas so ausgemachtes anerkannt, daß der Rückfall des Eigenthums, der vermöge einer, einem einseitigen Eigenthum übertragenden Geschäft hinzugefügten Verabredung geschieht, nicht ipso jure von Statten geht, daß die Juristen, die die Vindikation unbedingt als Regel für den Rückfall aus einem Nebenvertrage aufstellten, jene Fälle immer stillschweigend von dem Kreise ihrer Untersuchungen ausschlossen, so daß erst Zimmern, in der Absicht jene Regel zu beschränken, sie mit Recht in die Untersuchung aufgenommen hat. Ich will nur einige der entscheidendsten Stellen über die m. c. d. beispielsweise anführen.

L. 19. i. f. D. h. t. (*Julianus*)

— — Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium ejus condiceret.

L. 30. ibidem (*Ulpianus*).

Qui mortis causa donavit, ipse ex poenitentia condictionem vel utilem actionem habet.

L. 35. ibidem (*Paulus*).

Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta.

L. 12. D. de cond. causa data (*Paulus*).

Cum quis mortis causa donationem, cum convaluisset donator, condicit, fructus quoque donatarum rerum repetere potest.

L. 38. §. 3. D. de usuris (*Paulus*).

Idemque est, si mortis causa fundus sit donatus, et revaluerit, qui donavit, atque ita condictio nascatur.

Allen diesen und unzähligen anderen Stellen ähnlichen Inhalts stellt sich eine einzige von Ulpian gegenüber, worin derselbe nicht minder mit seiner eigenen Aeußerung in L. 30. h. t. als mit den Aeußerungen aller anderen Juristen in Widerspruch steht. Der hieher gehörige Schluß der bereits oben bei Gelegenheit der L. 41. D. R. V. angeführten L. 29. h. t. lautet so:

— — Si vero sic, ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset, vel de praelio, vel peregre rediisset; potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset: interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

Daß Ulpian selbst in der Gestattung der dinglichen Klage seiner Sache nicht sicher war, zeigt das zweifelnde: potest defendi; man kann daher um so weniger eine einzelne furchtsame Aeußerung eines der Meinung aller übrigen Juristen, so wie der aus andern Stellen ersichtlichen eignen Meinung des Verfassers selbst widersprechenden Paradoxons für eine wahre Kontroverse unter den klassischen Juristen nehmen; es kann vielmehr nur darauf ankommen, eine Sonderbarkeit des Ulpian, so gut wie möglich, aus dem Zusammenhange derselben mit andern Meinungen dieses Juristen zu erklären. Eine solche Erklärung ist nur auf eine Weise möglich, und diese zeigt deutlich, daß es etwas ganz anderes, als jener allgemeine Glaube an den ipso jure vor

sich gehenden Rückfall ist, was den Ulpian zu jener Entscheidung bewog.

Man hat früher schon ganz richtig die Frage über die dingliche oder persönliche Klage des Schenkers mit der bekannten Streitfrage unter den klassischen Juristen [1]) über die Natur der m. c. d., ob sie nämlich eine wahre Schenkung, oder mehr eine Art von Legat sei, in Verbindung gebracht [2]). Nun wissen wir, daß Ulpian [3]) mit Julian [4]) der letzteren Meinung war. Es fällt in die Augen, daß, wenn man die Analogie mit dem Legat in allen ihren Wirkungen verfolgen wollte, man nothwendig dazu kommen mußte, allen Uebergang des Eigenthums vor dem Tode des Schenkers zu leugnen, da es zu den wesentlichsten Eigenschaften des Legats gehört, daß es keinen Erwerb bei Lebzeiten des Erblassers zuläßt. Wäre man also hier ganz konsequent gewesen, so hätte man die Schenkung von Todeswegen auf das tertium genus der L. 4. h. t. beschränken müssen, wo der Schenker bis zu seinem Tode Eigenthümer bleibt, wo er daher natürlich, wenn er revociren will, oder, wenn der Beschenkte vor ihm stirbt, eine dingliche Klage hat. Die entgegenstehende Meinung aber war zu sehr verbreitet, und zu sehr in der ganzen Natur und selbst in dem Namen des Instituts begründet, als daß man mit der Analogie des Legats so weit hätte gehen können. Julian und Ulpian gaben daher beide zu, daß das Eigenthum, wenn es sich der Schenker nicht durch eine wahre Bedingung der

1) L. 4. C. de donationibus causa mortis. §. 1. J. de donationibus.

2) v. Schirach, Betrachtungen über die Schenkung auf den Todesfall; im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 2. Heft 3. S. 297 — 317. §. 3. am Ende.

3) L. 37. h. t. L. 1. §. 1. D. si quid in fraudem patroni. L. 3. §. 17. D. de bonis libertorum.

4) L. 15. pr. h. t.

Schenkung vorbehalten, auf den Beschenkten übergehe, und geben auch in allen Stellen außer jener L. 29. als eine nothwendige Folge davon zu, daß dann die Rückforderungs-Klage des Schenkers eine persönliche ist. In der L. 29. macht nun offenbar Ulpian den Versuch, in den Folgerungen aus der Natur des Legats einen Schritt, oder eigentlich einen halben Schritt weiter zu gehen; denn, während er den Uebergang des Eigenthums für den Fall der unbedingten Schenkung zugiebt, und dem Beschenkten mit Bestimmtheit die Vindikation bis zum Widerruf zuerkennt, glaubt er doch vertheidigen zu können, daß die Klage des Widerrufenden eine dingliche sei, als wäre der Beschenkte nicht Eigenthümer geworden, und die Tradition nur eine vorläufige gewesen. Da er aber doch selbst wieder nicht umhin kann [1]), dem Schenker auch eine condictio zu gestatten, so ist er mit seinem Vermittlungs-Versuche nicht weiter, als zu einem absoluten Widerspruch, zu einer Vereinigung des Eigenthums und Nicht-Eigenthums in einer Person, so wie zu einem dominium plurium in solidum [2]) gekommen. Wir können daher mit jener, mit sichtlicher Scheu von dem Verfasser der Stelle selbst geäußerten und durch das Uebergewicht einer Menge der bestimmtesten widersprechenden Stellen alles Gewicht verlierenden Meinung nichts anders anfangen, als sie für irrthümlich halten, und diesen Irrthum, wie ich es versucht habe, so gut, wie möglich, zu erklären suchen. Es ist daher sehr wohl zu rechtfertigen, wenn unsere Juristen gewöhnlich auf jene Stelle des Ulpian durchaus keine Rücksicht nehmen. Wir finden nämlich in unsern Lehrbüchern [3]) den Satz unbeschränkt ausge-

---

1) L. 30. h. t.

2) Denn der mit der condictio zu belangende Beschenkte muß eben so gut Eigenthümer sein, wie der auch zur Vindikation berechtigte Schenker.

3) Thibaut, §. 909. Wening, Buch V, §. 71.

sprochen, daß, wenn die von Todeswegen geschenkte Sache einmal unbedingt in das s. g. widerrufliche Eigenthum des Beschenkten übergegangen, die Rückforderungs-Klage des Schenkers keine vindicatio, sondern eine condictio sei; obgleich doch nicht zu leugnen ist, daß Ulpian in der L. 29. cit. das Gegentheil vertheidigen zu können meint.

Hielte man es demungeachtet für nöthig, die Meinung des Ulpian auf irgend eine Weise mit dem Inhalt aller übrigen Stellen zu einem gemeinsamen Resultat zu vereinigen, so kann das nur so geschehen, daß man sie in derselben Art, wie oben die L. 41. D. de R. V. erklärt worden ist, auf die auf den Verkäufer durch gesetzliche Cession übertragene, dem Käufer im Augenblick der Revokation gegen einen Dritten zustehende Vindikation bezieht; eine Erklärung, mit der sich die Worte der Stelle recht gut vereinigen ließen, und die, wie oben nachgewiesen worden ist, nichts gegen die hier vertheidigte Ansicht enthält.

§. 13.

Der Kreis unserer Untersuchung ist mit dem Bisherigen in so fern abgeschlossen, als alle aus positiven Gesetzen entlehnten Gründe, die unseren Gegenstand direkt betreffen, erörtert worden sind; doch sind noch einige Punkte der Vollständigkeit wegen zu berühren.

Man hat in einem Fall, ohne sich auf Gesetzes-Stellen dafür berufen zu können, als Folge jener angeblichen allgemeinen Regel, eine Auflösung des Eigenthums durch eine Resolutiv-Bedingung angenommen, nämlich in dem Fall des s. g. pactum reservati dominii bei'm Kauf. Mit jener Regel selbst fallen auch ihre Folgerungen weg, und da man keinen einzigen besonderen Grund für die dingliche Wirkung jenes Nebenvertrages aufgestellt hat, so glaube ich nach der bisherigen Ausführung behaupten zu können, daß, wenn derselbe wirklich, wie viele Juristen annehmen, den Ueber-

gang des Eigenthumes an den Käufer nicht suspendirte, der Rückerwerb des Verkaufers im Fall der Insolvenz nur durch eine persönliche Klage verfolgt werden könnte. Um aber hier gegen die deutlichen Worte des Vertrags Resolution anzunehmen, um nicht das vorbehaltene Eigenthum wirklich als vorbehalten anzusehen, wenn nicht die entgegengesetzte Absicht der Partheien bestimmt erwiesen ist, um den Vertrag nicht, was so natürlich scheint, für die auf den Fall des Kredits ausgedehnte, im Fall des nicht kreditirten Kaufpreises gesetzlich angenommene Suspension des Eigenthums zu nehmen, dazu scheinen mir in der That keine genügende Gründe vorhanden zu sein [1]). Ist der Vertrag suspensiv, so hat natürlich der Käufer bis zu erlegtem Kaufpreise keine Dispositions-Fähigkeit, und der Verkäufer kann, wenn er nicht befriedigt wird, die Sache von jedem Dritten, an den der Käufer veräußert, vindiciren.

§. 14.

Ein gewichtigeres Argument könnte man in der L. 13. D. de pigneratitia actione suchen, die eine auf den ersten Blick sehr auffallende Entscheidung enthält.

Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, *ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam:* scripsit Julianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem: *sed et ipse debitor vindicare rem poterit,* aut in factum actione adversus emtorem agere [2]).

Wenn der Pfand-Gläubiger der Veräußerung des Pfandes den Nebenvertrag hinzufügt, daß der Schuldner es

1) Vergl. hierüber Gensler im Archiv für die civilistische Praxis. B. 2. S. 291 — 293.

2) Vergl. auch L. 7. §. 1. D. de distr. pignoris.

vom Käufer solle wieder einlösen können, so hat der Schuldner zu Behuf der Einlösung eine dingliche Klage. Daß hier kein Schluß von der Veräußerung des Pfandgläubigers auf die Veräußerung eines Eigenthümers zulässig ist, geht sowohl daraus hervor, daß der Verkauf eines Pfandes viel eignes zu Gunsten des Schuldners hat, als auch daraus, daß bei dem pactum de retrovendendo, auf das wir mit einem solchen Schluß stoßen würden, das Recht des Verkäufers entschieden auf persönliche Klagen beschränkt ist. — Eine Lösung des Auffallenden in jener Entscheidung, die an sich sehr nahe liegt, ist die, daß man einen Verkauf, dem jener Nebenvertrag beigefügt war, weniger wie einen Verkauf der Sache, als des Pfandrechts betrachtete, so daß der Käufer angesehen wurde, als habe er das Geld zur Befriedigung des Gläubigers hergeliehen, und zu seiner Sicherheit dessen Pfandrecht gegen den Schuldner erhalten. Diese Erklärung bekommt aber eine hohe an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit dadurch, daß in den beiden andern bekannten Fällen, wo dem Schuldner das Wiedereinlösungs-Recht an der verkauften Pfandsache zusteht [1]), nämlich bei der Veräußerung an einen Bürgen und an einen anderen Pfandgläubiger, jene Ansicht vom Verkauf auf's bestimmteste ausgesprochen ist.

L. 2. D. de distractione pignorum.

Fidejussor conventus officio judicis adsecutus est, ut *emtionis titulo* praedium creditori pignori datum susciperet: nihilo minus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit: nam hujusmodi venditio *transferendi pignoris causa* necessitate juris fieri solet.

---

1) Wening, Civilrecht. Buch II. §. 149.

L. 5. §. 1. ibidem.

Si secundus creditor, vel fidejussor, soluta pecunia, pignora susceperint: recte eis offertur, *quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.*

L. 6. ibidem.

Cum posterior creditor a priore pignus emit, non tam adquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa, intelligitur pecuniam dedisse: *et ideo offerri ei a debitore potest.*

Nimmt man nun an, daß Ulpian auch den Käufer, der sich dazu verstanden hatte, dem Schuldner das Wiedereinlösungsrecht zu gestatten, mehr als successor des Pfandrechts, denn als Eigenthümer betrachtete, so verliert jene Entscheidung alles Auffallende.

Wollte man indeß diese Erklärung verwerfen, wollte man das Eigenthum des Käufers entstehen und die Vindikation des Schuldners auf der Resolution des Kaufs beruhen lassen, so ist doch noch ein hinlänglicher Unterschied zwischen diesem Fall und dem Fall des veräußernden Eigenthümers nachzuweisen, um den Schluß von dem einen auf den andern auszuschließen. Der nächste Grund des Eigenthums-Uebergangs liegt bei der Veräußerung des Eigenthümers in dessen selbstständiger Dispositions-Fähigkeit, die durch die Tradition, verbunden mit dem animus dominii transferendi in Wirksamkeit tritt; der Verkauf, so wie jedes andere Geschäft ist dabei nur die entferntere zufällige Ursache jenes animus. Wenn daher der Verkauf oder ein anderes Geschäft aus einem gesetzlichen oder vertragsmäßigen Grunde hinterdrein aufgelöst wird, so bleibt doch die Eigenthums-Uebertragung als etwas selbstständiges und vom Geschäft unabhängiges in voller Wirksamkeit. Ganz anders ist es bei dem veräußernden Pfandgläubiger; dieser hat kein selbstständiges allgemeines Veräußerungsrecht, sondern nur

ein Recht zum Verkauf. Der Kauf=Vertrag ist hier nicht der bloße entfernte zufällige Grund des Willens, Eigenthum zu übertragen, der eben so gut in einem andern Vertrag liegen könnte, sondern er allein vermag die Berechtigung selbst dazu zu erzeugen, die auf keine andere Weise begründet werden könnte. Wie natürlich wäre es demnach, der Auflösung des Kaufs hier, wo er in einem viel innigeren wesentlichen Zusammenhange mit der Eigenthums=Uebertragung steht, wo er diese nothwendig bedingt, eine Wirkung auf die Dauer des Eigenthums zuzuschreiben, die sie sonst nicht hat.

§. 15.

Ich will zum Schluß noch kürzlich das praktische Resultat meiner Ansicht im Gegensatz der herrschenden darlegen, deren Verschiedenheit sich hauptsächlich in dem Verhältniß des Veräußerers zu einem dritten Besitzer, der von seinem Kontrahenten mittelbar oder unmittelbar erworben, ausspricht. Wer eine von ihm selbst veräußerte Sache vindicirt, hat natürlich zuförderst, wie jeder Vindikant, sein Eigenthum zu beweisen. Hingegen schützt sich der Beklagte durch den Beweis der Veräußerung an seinen Auktor oder an einen der früheren Auktoren. Ist diese bewiesen, so kann der Kläger dagegen nur mit dem Beweise durchdringen, daß der Veräußerung eine wahre, d. h. suspensive Bedingung hinzugefügt gewesen; der Beweis eines resolvirenden Nebenvertrags hilft dem Veräußerer nach meiner Ansicht nichts [1]). Führt der Veräußerer jenen Beweis, so erscheint der Beklagte als Einer, der vom Nicht=Eigenthümer erworben; er kann sich also unter den erforderlichen Bedingungen

---

1) Der Beweis der Suspensiv=Bedingung liegt aber dem Veräußerer nicht etwa wegen einer Vermuthung für die Resolutiv=Bedingung, sondern wegen der allgemeinen Vermuthung für das unbedingte, ob.

auf die Aquisitiv-Verjährung berufen. Die bona fides kann hier entweder darauf beruhen, daß er von dem Verhältniß eines der Auktoren zum Vindikanten gar nichts wußte, oder daß er die Klausel des Geschäfts nicht kannte, oder daß er dieselbe für einen Resolutiv-Vertrag hielt [1]). Ich wiederhole bei dieser Gelegenheit die Bemerkung, wie sonderbar gerade in Beziehung auf die Verjährung das Resultat der herrschenden Ansicht ist. Während man im Fall der Suspensiv-Bedingung dem dritten Erwerber, so gut, wie jedem Andern, der von einem Nicht-Eigenthümer erworben, jenen Vortheil zuerkennen muß, muß man ihn ihm im Fall der Resolutiv-Bedingung absprechen [2]), obgleich er dessen eben so sehr wie dort bedürfte, und ihn so in einer ganz hülflosen Lage lassen, weil er das Unglück hat, — von einem Eigenthümer erworben zu haben, und selbst Eigenthümer zu sein.

---

1) Denn das Bewußtsein, daß ein Dritter ein persönliches Recht an der Sache hat, ist keine mala fides. — Uebrigens ist der hier bezeichnete Gang derselbe, der bei der Suspension des Eigenthums wegen nicht erlangten Kaufpreises eintritt; nur daß hier die Suspension als gesetzliche Folge vermuthet wird, und der Credit dagegen bewiesen werden muß.

2) Vergl. ob. §. 1. S. 8. not. 2.

IX.

Geht durch erlöschende Verjährung wirklich nur die Klage, oder auch das derselben zum Grunde liegende Recht unter?

Von dem Herrn Dr. B. Vermehren in Jena.

Nachdem vorstehende Abhandlung bereits an den Ort ihrer Bestimmung abgegangen war, erschien der Aufsatz des Herrn Professor Heimbach in dem dritten Hefte des ersten Bandes dieser Zeitschrift über denselben Gegenstand. Beide Arbeiten behandeln jedoch ihren gemeinsamen Stoff auf eine sehr verschiedene Weise, und so kann die gegenwärtige jener, auch ohne besondere Bezugnahme auf dieselbe, recht wohl nachfolgen.

Vorwort.

Als die Ausarbeitung der nachstehenden Abhandlung fast beendigt war, erschien in dem Archiv für civ. Praxis [1]) der Aufsatz von dem Herrn Geh. Regierungs-Rath von Löhr über denselben Gegenstand. Es war darin dieselbe Ansicht ausgesprochen, die auch ich für die richtige hielt, und war im Wesentlichen fast durch dieselben Gründe unterstützt, welche auch mir als entscheidend erschienen waren. Ebendadurch fühlte ich mich aber auch zugleich bewogen, meine Arbeit nunmehr nicht, wie es Anfangs die Absicht gewesen war, dem Drucke zu übergeben. Neuerdings ist jedoch von dem Herrn Professor Guyet [2]) in Heidelberg die gegen-

1) Bd. X. Heft 1. Nr. II. S. 70—77 und 81—84.

2) Im Archiv für civ. Praxis. Bd. XI. Heft 1. Nr. V.

theilige Meinung von Neuem ausführlich erörtert und in Schutz genommen worden, und zwar hat derselbe zugleich Einiges beigebracht, welches auf den ersten Blick wohl Zweifel erregen kann, aber demungeachtet bei näherer Untersuchung mir nicht geeignet scheint, ein Uebergewicht der Gründe zu bewirken; es ist daher nunmehr vielleicht dennoch nicht ganz am unrechten Ort, wenn ich mit einer Abhandlung noch hervortrete, die die Frage möglichst erschöpfend erörtert, und namentlich darauf gerichtet ist, die auch von v. Löhr vertheidigte Ansicht in ihren einzelnen für sie sprechenden Puncten hervorzuheben.

Was etwa von Guyet Eigenthümliches beigebracht ist, das habe ich in den Noten besonders berücksichtigt [1].

Erstes Capitel.

Beweisende Ausführung.

I.

Es ist ein in unsern Gesetzen mehrfach anerkannter Grundsatz, daß Gläubiger nur ist, der nicht durch eine exceptio

---

1) Die Literatur über die Streitfrage findet sich bei Guyet a. a. O. Note 1. Zuzufügen ist: Franke civilistische Abhandl. Nr. II. S. 73 folg., welcher ebenfalls nur die Klage durch Verjährung untergehen läßt (über ihn weiter unten, in Nr. II. dieses Cap., noch besonders), und jetzt nun auch Unterholzner, „Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus d. gem. in Deutschland geltenden Rechten.“ Leipzig 1828. Bd. II. §. 258., womit zu verbinden sind die §§. 156 — 159. — Seine Meinung steht zwischen der von Guyet und der hier vertheidigten insofern in der Mitte, daß er zwar eigentlich nur die Klage durch die Verjährung treffen läßt, allein nichts destoweniger bei dem übrigens fortdauernden Rechte die Compensation ausgeschlossen wissen will. — Es erscheint diese Ansicht dem Verf. ziemlich willkührlich, denn in den Gesetzen ist eine solche Unterscheidung nirgends ausgesprochen.

perpetua zurückgewiesen werden kann, Schuldner nur derjenige, dem ein solches Vertheidigungsmittel gegen die Klage nicht zu Gebote steht.

So heißt es z. E. [1]): „*Creditor* autem is est, qui *exceptione perpetua* submoveri non potest." In einer andern Stelle [2]) „*Creditores* eos accipere debemus, qui aliquam actionem — habent, (*sic tamen, ne exceptione summoveantur*) —" So [3]): „Desinit debitor esse is, qui nactus est *exceptionem justam*, nec ab aequitate naturali abhorrentem." — Daraus ergiebt sich doch wohl bestimmt genug, daß nicht nur die Klage allein durch die vorgeschützte Einrede elidirt, sondern daß vielmehr das gesammte Recht, welches klagend verfolgt werden sollte, vernichtet wird. Hört Jemand auf, in einem gewissen Falle, Gläubiger zu seyn, so läßt sich doch gewiß nicht sagen, daß er durch Einreden, oder sonst, sein Recht noch sollte geltend machen können; wäre dieß der Fall, so müßte ihm das Recht selbst doch noch zustehen, da ohne dieß auch nicht der geringste Effect einer Befugniß gedacht werden kann. Nun soll er aber aufhören, Gläubiger zu seyn, sein Recht soll verloren gehen, es müssen daher auch alle Accessorien und Consequenzen fallen. Ginge das Recht nicht in seinem ganzen Umfange unter, so bliebe ebendeshalb auch die Gläubigerschaft noch zurück, denn auch mit dem beschränktesten Recht versehen, bleibt Jemand doch noch Gläubiger; dieß zu seyn, soll er aber nach den Gesetzen gerade aufhören, sobald ihm eine exceptio perpetua entgegensteht [4]). Ist dieß die Regel, so ist es eine blos aus-

1) fr. 55. D. de V. S.

2) fr. 42. §. 1. D. de O. et A.

3) fr. 66. D. de R. J. — Noch andere Gesetze des nemlichen Inhalts s. bei v. Löhr a. a. O. S. 73. Note 18 — 26.

4) Bedenklichkeit erregen könnte vielleicht fr. 10. D. de V. S.; wo die Worte vorkommen: „Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum," wonach also Jemand schon aufhören

nahmsweise stattfindende Eigenthümlichkeit mehrerer Verhältnisse, wenn die Gesetze, ungeachtet sie eine Klage versagen, oder, was dasselbe ist, eine exceptio perpetua gegen dieselbe gestatten, doch noch eine Naturalobligation mit der Wirkung bestehen lassen, daß der Gläubiger durch eine Einrede seinen Anspruch noch geltend machen kann, ja, daß ihm mittelst Bürgschaft und Pfandbestellung gewissermaaßen selbst die durch Klaganstellung zu bewirkende Rechtsverfolgung gerettet wird. Nur als Singularitäten und besondere Abweichungen können wir also dergleichen Verhältnisse betrachten; eben um dieser Eigenschaft Willen läßt sich aber eine Annahme derselben nur rechtfertigen, wo die Gesetze die Wirkungen der exceptio perpetua in der angegebenen Maaße beschränken.

Gehen wir nun bei dem hier in Rede stehenden speciellen Verhältniß von den so eben vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen aus, so ist es leicht zu zeigen, wie doch so sehr die der hier in Schutz genommenen entgegenstehende Ansicht mit denselben im Widerspruch steht.

Es ist bekannten Rechtens, wie derjenige, welcher sich 30 oder 40 Jahre in dem Besitze der Freiheit von dem Anspruche des Gläubigers befunden hat, ebendadurch nun berechtigt wird, den säumigen Kläger, der sich nach Ablauf jener Fristen gegen ihn erhebt, mit der exceptio temporis s. praescriptionis abzuweisen. Ueberall besteht die Wir-

---

soll, creditor zu seyn, dem die actio fehlt; indem dann das oben zuerst angeführte Gesetz der exceptio perpetua nur die Wirkung beilegen würde, daß durch dieselbe der Gegner sein Klagrecht verliere, denn er soll ja nur aufhören *creditor* zu seyn; allein, daß an einen solchen Kunstausdruck in unserem Beispiele nicht zu denken, geht daraus mit Bestimmtheit hervor, daß, wie unten sich zeigen wird, selbst eine Rückforderung des Gezahlten statt findet, wenn der Schuldner durch eine exceptio perpetua geschützt war.

kung des Zeitablaufs blos darin, daß durch eine exceptio perpetua die Klagbefugniß des saumseligen Creditors vernichtet wird. Daß die Einrede der Verjährung die Natur eines peremtorischen Schutzmittels wirklich habe, unterliegt keinem Zweifel, denn sie ist nicht darauf gerichtet, einen einstweiligen Schutz dem Beklagten zu gewähren, und das Abweisen des Klägers nur für jetzt zu bewirken; jener ist vielmehr zu jeder Zeit durch den Zeitablauf gegen die unbefugte Rechtsverfolgung gesichert, sobald derselbe nur einmal die erforderliche Länge erreicht hat; und statt daß der Kläger, wie es in dem Fall, wo er rein dilatorische Einreden zu befürchten hat, sich allerdings öfters verhält, vorerst noch warten muß, ehe er mit Erfolg auf seinem Anspruche bestehen kann, ist er in unserm Falle nur um so gewisser abzuweisen, wo jede Verlängerung der Zeit den Beklagten in seinem Freiheitsbesitze immer mehr befestigt. Nicht die jetzige Klage rejicirt dieser, dem gesammten Klagrecht wird widersprochen; dieß ist durch den Ablauf der Verjährungszeit gänzlich und für immer erloschen, und eben dieß ist es, was der Beklagte durch seine Einrede urgirt. — Wir haben also in der exc. praescr. unzweifelhaft ein peremtorisches Schutzmittel; alle regelmäßigen Wirkungen einer exceptio perpetua, wie sie oben angegeben wurden, müssen daher nothwendig mit ihr verbunden seyn. Nur dann würden wir von denselben absehen dürfen, wenn sich in den Gesetzen eine ausdrückliche Abweichung nachweisen ließe, wenn, ungeachtet der peremtorischen Abweisung des Klägers, ausdrücklich sein Recht im Uebrigen anerkannt wäre, wenn also dem unzweideutigen Sinne der Gesetze zu Folge auf seiner Seite eine Naturalobligation fortbestehen sollte. Dieß ist es aber, was so wenig als irgend etwas ausgesprochen wird, darüber ist in den Quellen altum silentium. Die Gegner suchen dasselbe nun zwar durch die Bemerkung zu umgehen, daß stets nur

vom Erlöschen der **Klage** die Rede sey, und so also folgeweise der ganze übrige Effect, der zum Gegenstand der Rechtsverfolgung gemachten Befugniß stillschweigend reservirt werde [1]; allein, abgesehen davon, daß diese Behauptung ganz contra acta aufgestellt wird [2], findet sie ihre Widerlegung auch schon zum Theil in dem bisher ausgeführten allgemeinen Grundsatz, daß, wenn dem Klagrecht eine exc. perpetua entgegensteht, dieß für das **ganze Schuldverhältniß** von einem solchen Einfluß ist, daß es alle Wirksamkeit verliert. Selbst wenn es richtig wäre, daß stets nur der **Klage** Erwähnung geschehe, so würde dieß zu einem Schlusse in der angegebenen Weise keines Weges berechtigen, da aus der Art, wie der Untergang der Klage herbeigeführt wird, es sich zu Tage legt, was mit dieser speciellen Bezeichnung gemeint sey.

Daß auch keine **Naturalobligation** in einem bestimmten Falle vorhanden sey, geht gewiß auf das unumstößlichste daraus hervor, daß der vermeintliche Schuldner, wenn er zahlte, das Bezahlte als ein indebitum zurückfordern kann. Wie, wenn nun gerade für den hier in Frage stehenden Fall die Zurückforderung des Geleisteten durch die Gesetze anerkannt wäre; wie, wenn in dieser Rücksicht die an und für sich nichtige Obligation mit der durch eine exceptio perpetua zu entkräftenden auf gleicher Stufe stünde? — Dieß nun aber eben sagen die Gesetze an mehreren Orten, und es möchte vergeblich seyn, gegen ihren klaren Ausspruch einen erheblichen Einwand vorzubringen.

In fr. 26. §. 3. D. de cond. indeb. z. E. heißt es:

„Indebitum autem solutum accipimus non solum, si omnino non debeatur, sed si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterit; *quare hoc*

1) S. unten Nro. II. des zweiten Capitels.

2) S. unten Nro. II. des ersten Capitels.

quoque repeti poterit: nisi sciens se tutum exceptione solverit."

Und eben so in fr. 40. eod. „Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem *repetere potest.*"

Auch in fr. 54. l. c. „Ex his omnibus causis, quae jure non valuerunt, *vel non habuerunt effectum*, secuta per errorem solutione, *condictioni locus est.*"

Wer durch eine exc. perpetua geschützt ist, kann das aus Irrthum Gezahlte wiederfordern; er ist also auch nicht einmal naturaliter verpflichtet. Ja selbst, wenn die Natur der Einrede unbestimmt ist, wenn man zweifelt, ob dieselbe eine temporaria oder perpetua sey, soll ein Indebitum anzunehmen seyn. In dieser Beziehung heißt es ausdrücklich [1]):

„Sufficit ad causam indebiti, incertum esse, temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio: nam si quis, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quae ad tempus est, Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti."

Sehen wir auf den in Rede stehenden speciellen Fall zurück, fragen wir nach der Wirkung der exceptio praescriptionis, so kann das Resultat nicht zweifelhaft seyn. Zahlt der Schuldner, ungeachtet er durch den Zeitablauf gesichert ist, dennoch, so kann er das per errorem Geleistete wiederfordern. Wo bleibt nun eine Spur einer solcher Naturalobligation übrig; wie kann derjenige noch als Gläubiger angesehen werden, der in jedem Augenblicke das in Empfang Genommene als eine Nichtschuld zurückzuerstatten gehalten ist; wie kann man sagen, das Recht verbleibe ihm, nur die

1) fr. 56. D. de condict. indeb. (12, 6.)

Klage habe durch die vom Gegentheil erworbene exceptio ihre Wirksamkeit verloren [1])?

In dem zweiten oben angeführten Gesetz heißt es sodann ferner:

„Sed hoc non est perpetuum. Nam si quidem *ejus causa* exceptio datur, cum quo agitur, *solutum repetere potest*, ut accidit in scto de intercessionibus: ubi vero *in odium ejus*, cui debetur, exceptio datur, *perperam solutum non repetitur*,

---

1) Alle die bisher angeführten Gesetze sucht nun Prof. Gupet dadurch zu beseitigen, daß er die in denselben erwähnte exc. perpetua nicht gegen das Klagrecht, sondern gegen das diesem zum Grunde liegende Recht gerichtet wissen will, indem sich auf diese Weise erkläre, wie der Gläubiger und Schuldner aufhören könnten, solche zu seyn, und die obligatio natürlich als inanis erscheine. Allein, gehen wir auf den Begriff zurück, welchen uns die Gesetze von einer exc. perpetua aufstellen, so scheint sich jene Distinction nicht wohl rechtfertigen zu lassen. Danach ist allgemein exc. perpetua im Gegensatz einer dilatoria eine solche, welche dem Klagrecht für immer entgegensteht, und den Gebrauch der Klage als völlig unstatthaft darstellt. (In dieser Beziehung heißt es in fr. 3. D. de except. „— — perpetuae atque peremtoriae (sc. exceptiones) sunt, quae *semper* locum habent, nec evitari possunt etc.“ Vergl. auch fr. 2. §. 4. D. eod. und §. 8 — 10. J. eod. tit.). Gerade diese Begriffsbestimmung paßt aber zugleich ganz auf unsere exceptio praescriptionis; die allgemeinen Wirkungen jener müssen daher nothwendig auch bei ihr völlige Anwendung finden, und es kann somit auch namentlich über die in Frage stehende Wirkung derselben kein Zweifel obwalten. — Wollte man aber auch wirklich eine Unterscheidung gelten lassen, wie sie Prof. Gupet aufstellt, so scheint derselbe doch in unserem Falle von einer petitio principii nicht freigesprochen werden zu können; denn ob die praescriptionis exceptio nur der Klage entgegensteht, oder dem gesammten Rechte, d. h. ob nur die Klage oder auch das Recht durch dieselbe vernichtet wird, das ist ja eben das thema probandum.

veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias solverit, non repetit.“

Danach wird dem allgemeinen Grundsatz eine Einschränkung in der Maaße beigefügt, daß die exc. perpetua zum Vortheil des Schuldners von den Gesetzen ertheilt seyn müsse, um die Wirkung der gänzlichen Vernichtung des Anspruchs zu haben; im Gegentheil aber eine Naturalobligation in dem Falle anerkannt, wenn die Einrede eine Strafe für den Gläubiger seyn soll (Ubi vero in odium ejus, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur.). Dieselbe Einschränkung ist auch an andern Orten mehrmals ausgesprochen worden. — So sagt Pomponius im Einverständniß mit Marcian [1]):

„Si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.“

Und einstimmig mit diesem ist auch Ulpian, wenn er sagt [2]):

„Quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.“

Also eine Einschränkung des vorhin allgemein aufgestellten Grundsatzes. Wie, sollte nicht unter dieser Einschränkung auch unser Fall mitinbegriffen seyn; sollte nicht die exceptio praescriptionis zur Strafe des Gläubigers (in odium creditoris, poenae causa ejus, cui debetur, ob poenam creditorum) eingeführt seyn? Dann wäre ja die ganze bisherige Deduction mit einem Male umgestoßen, und durch diese gerühmte Restriction erschiene die

1) fr. 19. pr. D. de cond. indeb.

2) fr. 9. §. 4. s. f. D. de sc. Maced. (14, 6.) — S. auch fr. 26. §. 7. fr. 43. D. de cond. indeb.

Hervorhebung des Grundsatzes über die Wirkung einer exc. perpetua durchaus als unerheblich. Daß dieser Einwurf auch wirklich gemacht worden sey, läßt sich wohl leicht erwarten [1]; allein mit welchem Erfolge, dieß soll nun eines Theils hier noch geprüft werden, andern Theils wird derselbe in dem Abschnitte III. dieses Capitels seine Widerlegung finden, wo von dem Zwecke der Verjährung gesprochen wird.

So viel ist richtig, daß sich gegen diese Einschränkung im Allgemeinen nicht wohl etwas Erhebliches wird einwenden lassen [2]; allein, daß es ganz unpassend sey, die exc. praescriptionis darunter zu ziehen, scheint auf der andern Seite eben so unzweifelhaft zu seyn. Die Gesetze hatten bei der Einführung der Klagenverjährung zunächst den Beklagten im Auge; es konnte nicht anders, als höchst unbillig erscheinen, daß Jemand, der sich einen so langen Zeitraum hindurch, wie er bei der extinctiven Verjährung der Klage vorausgesetzt wird, im ruhigen Besitze der Freiheit, in dem ungestörten Genusse eines Rechts befunden hatte, auf einmal einem längst veralteten und vergessenen Anspruche wieder Gehör geben, plötzlich vielleicht in Prozesse verwickelt sehen sollte, über Rechte, die er im besten Bewußtseyn sich zugeeignet hatte. Wie konnte man gestatten, daß auf diese Weise ein ewiges Schwanken der Rechtsverhältnisse, die Unsicherheit des Privatvermögens gleichsam gesetzlich privilegirt werde! Unsere Gesetze selbst geben

---

1) Vergl. z. E. Glück Erl. d. Pand. Bd. XIII. S. 100. Note 9. und Guyet a. a. O. S. 66—72.

2) Jedoch giebt es auch Ausnahmen von der Regel, so, daß, ungeachtet der Schuldner durch eine zu seinem Besten eingeführte Exception geschützt war, dennoch eine Rückforderung ausgeschlossen ist. S. z. E. fr. 9. D. de cond. indeb. und fr. 49. §. 1. D. de fidej. et mandatorib. (46, 1.)

augenscheinlich zu erkennen, daß es ihnen um einen Schutz und die Sicherheit des Beklagten und nicht um eine Strafe des Gläubigers zu thun war:

— — „Sed quicunque super quolibet jure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata judiciaria contentione possedit, superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia *simili munitione potitus est*, sit liber et praesentis saluberrimae legis *plenissima munitione securus* [1]).“

Eben so [2]): — „Ideoque jubemus, eos, qui rem aliquam per continuum annorum quadraginta curriculum sine quadam legitima interpellatione possederint, *de possessione quidem rei s. dominio nequaquam removeri.*“

Angedeutet wird diese Rücksicht z. E. auch in folgenden Ausdrücken [3]): — — „*Praedictum auxilium* (sc. exceptionis 30 v. 40 annorum) non indiscrete — — praestari cen-

---

1) c. 4. s. f. C. de praescr. 30. v. 40. annor. (7, 39.)

2) c. 6. C. eod. tit.

3) c. 8. §. 1. C. eod. — In der That scheint sich nicht recht vereinigen zu lassen, daß v. Löhr a. a. O. S. 66 — 69. zu zeigen versucht, daß die exceptio temporis mit in odium der desides eingeführt sey, und dann doch S. 75. sich folgendermaaßen äußert: „Zwar sagt man, die Extinctiv-Verjährung sey (hier ist aus Versehen das Wort „nicht“ eingeschoben, was sich mit dem Folgenden nicht verträgt) in odium des Klägers eingeführt, es müsse sich also die Sache verhalten, wie bei dem scto Macedoniano, allein (ganz abgesehen davon u. s. w.) — so ist die Voraussetzung unbegründet, und auf alle Fälle unsere Einrede zum Vortheile des Beklagten eingeführt, was bei der exc. scti Macedoniani nicht der Fall ist.“

semus." — „ut simili possit uti *praesidio*." — „*commodum* detentionis sibi acquirat." — „nisi exceptione (praescriptionis) —— *munitus est*." u. s. f.

Daß es bei der Klagenverjährung nicht auf eine Strafe wegen einer vorwurfsvollen Handlungsweise abgesehen war, dafür ist gewiß auch die große Ausdehnung des Gesetzes, und die Allgemeinheit, in der es seine Wirksamkeit äußern soll. Denn danach sind auch Personen den Nachtheilen der exceptio temporis unterworfen, denen man schwerlich rücksichtlich der nicht zeitig zur Hand genommenen Rechtsverfolgung etwas zur Last legen konnte, und bei denen das Gesetz sicher nicht an eine verschuldete Büßung dachte; Personen, denen der Geist des römischen Rechts vielmehr auf alle Weise schirmend zur Seite stand, und bei denen sicher, wäre anders gerade die Qualität des Klägers und seine Saumseligkeit Beweggrund des Gesetzes gewesen, eine Ausnahme anerkannt worden wäre. Ich meine die Frauenzimmer, die Soldaten und die Minorennen. Nichts desto weniger heißt es [1]):

> —— „Non *sexus fragilitate*, non absentia, non *militia* contra hanc legem defendenda,"

und sodann rücksichtlich der minores [2]):

> „Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis, *annorum triginta intervalla servanda sunt*."

Der Schutz des Beklagten war die vorzugsweise Rücksicht. Wie sollte demjenigen, der die Verjährungszeit in dem ruhigen Genusse der Freiheit gewesen war, zugemuthet werden, gegen die Chicane eines streitsüchtigen Klägers sich

1) c. 3. C. de praescr. 30. v. 40. annor.

2) leg. cit.

durch ſchwierige Beweiſe erſt jetzt noch zu vertheidigen! Konnte man um des Willen, weil er nunmehr wegen Mangels an hinreichenden Beweismitteln die Rechtmäßigkeit ſeines Verhältniſſes nicht mehr nachzuweiſen im Stande war, mit Grund gegen ihn eine Entſcheidung fällen; mußte nicht vielmehr der lange Beſtand ſeines ungeſtörten Freiheitsgenuſſes für ihn das dringendſte Zeugniß eines rechtlichen Verhaltens abgeben? Nach ſo langen Jahren iſt Niemanden mehr die Nachweiſung dieſes letztern anzuſinnen; durch die Zeit ſelbſt iſt daſſelbe hinlänglich argumentirt. Dieſe billige Rückſicht und dieſe gerechte Denkungsweiſe drang ſich unmittelbar den römiſchen Machthabern auf, und ſo finden wir in den Geſetzen vom Kaiſer Theodoſius II. an bis auf Juſtinian ſtets nur das Wehen Eines Geiſtes!

Geleugnet ſoll hier gar nicht werden, daß zuweilen Beziehungen auf die Nachläſſigkeit, die desidia des Gläubigers, vorkommen; allein nirgends finde ich doch ausgeſprochen, wie eben um dieſer Willen die Verordnung veranlaßt ſey, wie der Zweck des Klagverluſts eine Beſtrafung des Gläubigers ſeye, dieſer für ſeine Zögerung gezüchtigt werden ſolle. Daß Perſonen, die 30 und 40 Jahre lang ſich nicht um ihre Angelegenheiten bekümmern, von ihren Klagbefugniſſen zu Wahrung ihrer Rechte keinen Gebrauch machen, und den Genuß derſelben ruhig andern überlaſſen, wahrhaftig nicht Anſpruch auf den ehrenvollen Titel ſorgſamer Hausväter machen können, verſteht ſich wohl von ſelbſt; wie konnten nun aber ebendeshalb unſere Geſetzgeber in andern Ausdrücken von ihnen reden? Dieſe Bezeichnung gab die Natur des Verhältniſſes an die Hand, nicht aber ſollte damit die Veranlaſſung und die Abſicht ihrer Conſtitutionen angedeutet werden. Es iſt mir höchſt wahrſcheinlich, daß man, um der concurrirenden Nachläſſigkeit von der andern

Seite Willen, wegen der Unachtsamkeit und zum wenigsten Gleichgültigkeit des Gläubigers, um so weniger einen Anstoß nahm, auf Kosten dieses die endliche, so wünschenswerthe Sicherheit des Schuldners herbeizuführen; allein daraus geht doch wahrhaftig noch kein Zweck hervor, so daß nun die Freiheit des Beklagten nur eine natürliche Folge von der Aufhebung des gegen ihn statt findenden Anspruchs gewesen wäre [1])!

Man hat auch wohl daraus, daß bei manchen Personen, oder sonst, vermöge eines gesetzlich anerkannten impedimentum juris der Lauf der Verjährung unterbrochen werde, oder überhaupt deren Anfang noch zur Zeit ausgesetzt bleibe, wie dieß bekanntlich bei den Pupillen, den Haussöhnen, den Ehefrauen rücksichtlich des fundus dotalis der Fall ist, einen Schluß in der Art machen wollen, daß, weil diesen Personen, etwa wegen der Abhängigkeit, in der sie sich befinden, oder wegen des Zustandes der fehlenden Imputabilität, in welchem sie noch befangen sind, nichts zur Last gelegt werden könne, auch keine Verjährung gegen sie statt finde. Bei ihnen könne man von keiner desidia sprechen, und ebendeshalb cessire, wegen des fehlenden Grundes des Gesetzes, dieses selbst [2]).

Allein diese Voraussetzung, in dieser Einseitigkeit aufgefaßt, ist unrichtig; denn, auch abgesehen davon, daß man blos daraus, weil die Gesetze bedacht sind, den oben genannten Personen das Ihrige zu erhalten, noch nicht schließen kann, es geschehe dieß deshalb, weil sie nicht als

1) Aus der obigen Bemerkung ergiebt sich dann leicht, wie man die Aeußerungen in c. 2 und 3. C. de annal. exc. italici contr. toll. (7, 40), und in c. 1. §. 5. C. Theod. (4, 14.) zu verstehen habe.

2) S. z. E. Guyet a. a. O. S. 68.

negligentes betrachtet werden könnten, indem ja aus mehrfachen andern Rücksichten die Gesetzgeber sich eine besondere Sorge für dieselben konnten angelegen sein lassen, so beruht die Ausschließung der Verjährung vorzugsweise und zunächst auf dem Grundsatze der Unveräußerlichkeit [1]).

---

1) Für den fundus dotalis ist dieß ersichtlich aus fr. 16. D. de fundo dotali (23, 5.). „Si fundum, quem Titius possidebat bona fide, et longi temporis possessione sibi poterat quaerere, mulier ut suum marito dedit in dotem, eumque petere neglexerit vir, cum id facere posset: rem periculi sui fecit. — *Nam licet lex Julia, quae vetat fundum dotalem alienari, pertineat quoque ad hujusmodi adquisitionem:* non tamen interpellat eam possessionem, quae per longum tempus fit, si, antequam constitueretur dotalis fundus, jam coeperat.“ Vergl. auch fr. 1 und 13. D. eod. und c. 30. C. de jure dot. (5, 12). — Für die Pupillen geht dasselbe hervor aus fr. 3. §. 5. de reb. eor. qui s. tut. (27, 9.). „Nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli. *An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit hujus rei? Et manifestum est, restaurari debere.*“ — Und für die Adventitien endlich ergiebt dasselbe c. 1. C. de bon. matern. (6, 60.) „— — ita ut, si quando rem alienare voluerint, (sc. parentes) emtor vel is, cui res donatur, observet, ne unquam partem earum rerum, *quas alienari prohibitum est*, sciens accipiat, vel ignorans: — — — *quia nullam poterit praescriptionem opponere filiis quandocunque rem suam vindicantibus.*“ Des nemlichen Inhalts ist c. 4. C. de bon. q. lib. (6, 61.). „— — Parentibus vero, quorum sub potestate sunt, usumfructum duntaxat habituris, memoratas res jure potestatis *alienandi vel obligandi licentiam denegamus; non prohibendis iisdem liberis quandocunque sui juris fuerint, nulla temporali praescriptione obsistente, easdem res omnibus modis vindicare* etc. — Bei so deutlich erklärter Ansicht der Gesetzgeber kann uns nun auch eine Aeusserung nicht irre führen, die Justinian am Schlusse der c. 1. C. de annal. exc. ital. contr. toll. von sich gegeben hat, wo es heißt: „Quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, etsi maluerint, minime adimplere lege obviante valebant?“ Eine solche Bemerkung lag auf jeden Fall

Die Sachen jener Personen dürfen von ihren Vorgesetzten nicht veräußert werden. Unter der Veräußerung ist aber auch die Zulassung der Präscription mit inbegriffen [1]), und auf diese Weise mit jenem Verbot zugleich die Ausschließung dieser verordnet [2]).

Und fragt man genauer nach dem eigentlichen Grunde jener vermeintlichen Strafe, wofür denn eigentlich der Gläubiger dieselbe erleiden solle, so stößt man auf jeden Fall noch auf einen Satz, der gewiß ziemlich bedenklich lautet; denn danach soll Jemand dafür bestraft werden, daß er in seinen eigenen Privatangelegenheiten nicht die gehörige Sorgfalt angewendet hat, daß er nicht wachsam genug war, um sich vor Vermögensverlust zu hüten. Wie aber stimmt dieß mit allgemeinen Rechtsprincipien überein? Aus welchem Gesetze ließe sich ein so bedeutender Eingriff in die Angelegenheiten des Privatmannes rechtfertigen? In der Regel muß es einem jeden frei stehen, mit dem Seinen zu schalten, nach derjenigen Weise, die ihm eben im einzelnen Falle zusagt. Und sehen wir auf diejenigen Fälle, wo sich die Gesetzgeber in der That ausnahmsweise eine Eigenmacht in der angegebenen Beziehung, ein wirkliches

---

sehr nahe, allein sie scheint doch keineswegs geeignet, einen allgemeinen Schluß in der Art rechtfertigen zu können, daß nun alle, denen etwas zur Last gelegt werden kann, eben darum mit dem Verluste ihres Rechtes bestraft werden sollten.

1) fr. 28. D. de V. S.

2) Wäre Strafe der Nachlässigkeit Grund der exc. praescriptionis, so wäre nicht abzusehen, weshalb nicht auch gegen solche, die durch ein factisches Hinderniß vom Klagen abgehalten werden, der Lauf der Verjährung unterbrochen werde, da hier ebenfalls der Grund des Gesetzes (desidia creditoris) cessiren würde; und für diesen Fall wissen wir dennoch von einer Interruption nichts. S. Unterholzner Ausf. Entwickel. d. gesammt. Verjährungslehre. I. §. 88. S. 289 — 291.

Einschreiten in die Vermögensrechte der Privaten erlaubt haben, so führt uns die Analogie gerade auf ein entgegengesetztes Resultat. Denn dann ist es nicht die gänzliche Entziehung des Rechts, vielmehr dessen Erhaltung, welche sie bezweckt haben. Geht Jemand mit dem Seinigen nachlässig zu Werke, so wird er nicht noch obendrein mit dem gänzlichen Verluste bestraft, es werden vielmehr Anstalten getroffen, damit für ihn, wie für seine Angehörigen das Vermögen erhalten werde. Ich brauche nur an den prodigus und an die cura über denselben zu erinnern.

Und somit steht es wohl fest, daß man bei der exceptio praescriptionis nicht an eine Strafe, an ein odium des Gläubigers zu denken habe, durch welches die Gesetzgeber zu dieser demselben nachtheiligen Verordnung sich bewogen gefunden hätten. Den Schutz und die Sicherheit des Schuldners hatten sie vielmehr im Auge, und daß dabei der nachlässige Gläubiger zu kurz kommen mußte, war eine blos natürliche Folge jener eben so billigen, als den Umständen angemessenen Rücksicht. Hierdurch ist aber zugleich der Irrthum derjenigen erwiesen, welche in der Einrede der praescriptio eine Ausnahme von der oben aufgestellten Regel erblicken wollen, und es bleibt daher vielmehr auch rücksichtlich dieser im Allgemeinen dabei, daß, wo durch eine exceptio perpetua die Klage zurückgewiesen wird, auch von einer übrig bleibenden Naturalobligation keine Rede mehr sey.

„Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest."

(Der Beschluß folgt im nächsten Hefte.)

An alle Buchhandlungen wurde kürzlich versandt:

Vollgraff (Dr. Karl, Professor in Marburg), **Die Systeme der praktischen Politik im Abendlande.** 1r — 3r Band. Ladenpreis 6 rthlr. 10 gr. oder 11 fl. 33 kr.

1r Band: **Oekumenische Politik** oder allgemeine Einleitung und Aufstellung der Grundbedingungen zum Staatsleben überhaupt.
1 rthlr. 6 gr. oder 2 fl. 15 kr.

2r Band: **Antike Politik** oder Politik der Griechen und Römer. 2 rthlr. 8 gr. oder 4 fl. 12 kr.

3r Band: **Charakteristik** oder Charakter- und Kulturstatistik der modernen Völker.
2 rthlr. 20 gr. oder 5 fl. 6 kr.

Jeder Band dieses Werks ist zu beigesetzten Preisen einzeln verkäuflich. Das ganze Werk wird aus [illegible] Bänden bestehen, und die Fortsetzung in kürzester Zeitfrist erscheinen, indem sich eben der 4te Band schon unter der Presse befindet, und in wenigen Wochen ausgegeben wird.

Gießen, im April 1829.

B. C. Ferber.

In meinem Verlage erschien so eben folgendes gehaltvolle Werk eines bekannten Rechtsgelehrten:

Roßhirt, Dr. C. Fr., **Entwickelung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts.** gr. 8. (34 Bogen)
3 rthlr. — 5 fl. 24 kr.

Zu erhalten in allen Buchhandlungen.

Heidelberg, im April 1829.

Neue akademische Buchhandlung
von Karl Groos.

Zeitschrift

für

Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben

von

Dr. J. T. B. Linde,

Geheimen Regierungs- und Ministerialrathe zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,

Großherzogl. Hess. Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und öffentl. ord. Professor des Rechts zu Gießen,

Dr. J. N. von Wening-Ingenheim,

Königl. Baiersch. Hofrathe und öffentl. ordentl. Professor des Rechts zu München.

Zweiten Bandes drittes Heft.

Gießen 1829,

bei B. C. Ferber.

Inhalt.

X.

Geht durch erlöschende Verjährung wirklich nur die Klage, oder auch das derselben zum Grunde liegende Recht unter?

Von dem Herrn Dr. B. Vermehren in Jena.

(Beschluß der, im vorigen Hefte abgebrochenen, Abhandlung Nr. IX.)

II.

So sehr dem Verfasser das Bisherige auch allein schon überzeugend zu seyn scheint, so könnte man vielleicht dennoch in der Allgemeinheit, in welcher sich die bisher hervorgehobenen Gesetzstellen halten, noch eine Zuflucht gegen die hier vertheidigte Ansicht suchen wollen; darum sollen nun in einem neuen Abschnitt noch solche Vorschriften unseres gemeinen Rechts zusammengestellt werden, welche ausdrücklich und besonders von der Verjährung sprechen, und namentlich auf die ihr hier beigelegte Wirkung lauten.

Wenn es in fr. 6. D. de O. et A. heißt:

> „In omnibus temporalibus actionibus nisi novissimus totus dies compleatur, *non finit obligationem*;"

so ist doch wohl auf das unzweideutigste ausgesprochen, daß es sich nicht nur um das Erlöschen der Klagen handele, sondern daß der Zeitablauf auf das ganze in Frage stehende Verhältniß seinen Einfluß äußere. Sobald

der totus novissimus dies abgelaufen ist, „finit obligationem."

Es ist mir nicht bewußt, daß irgend etwas zu Widerlegung dessen, was aus dieser Stelle nach dem Bisherigen hervorgeht, bemerkt worden sey [1]). Mit desto größerem Eifer ist man bemüht gewesen, eine andere Stelle [2]) zu erklären, und hier hat man alles aufgeboten, um das, was in derselben auf das klarste für die hier entwickelte Ansicht spricht, zu Gunsten der gegentheiligen zu deuten. Dort heißt es nämlich:

„Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur: quia erroris fidejussio nulla est."

Der Schuldner war durch Ablauf der Verjährungszeit von seiner Verbindlichkeit befreit worden (tempore transacto liberatus est); da ihm jedoch diese Thatsache unbekannt

---

1) Nach Güyet's Erklärung (a. a. O. S. 76 u. 77.) soll auf die Worte „non finit obligationem" kein Gewicht zu legen seyn, weil sie, neben der in dem Gesetz ausgesprochenen Hauptidee, daß bei der Klagenverjährung die naturale Berechnungsart des Termins gelte, eine bloße beiläufige Aeußerung enthielten. Allein wohin würden wir gerathen, wenn wir in den Gesetzen nur die jedesmalige Hauptidee für beweisend halten, alles aber, was beiläufig noch vorkommt, eben um deswillen als unrichtig und trügerisch verwerfen wollten? Non finit obligationem enthält also geradezu einen ganz falschen Satz, es hätte ja heißen müssen: „non finit actionem!?" — Gesetze, die einer vorgefaßten Ansicht widerstreiten, durch die Bemerkung zu umgehen, daß auf sie kein Gewicht zu legen sey, ist eine Methode, die im Ernste Prof. Guyet sicher selbst nicht billigt. Die sonstigen Suppositionen, durch welche Guyet die Stelle zu erklären sucht, scheinen mir in der That etwas weit hergeholt.

2) fr. 37. D. de fidej. et mandat. (46, 1.) — Guyet (a. a. O. S. 76.) hat über dieses Gesetz nur kurz ungefähr dasjenige wieder angedeutet, was schon Weber bemerkt hat.

war, so hielt er sich noch für verpflichtet, und bestellte einen Bürgen. Von diesem heißt es nun, er solle durch die Bürgschaft nicht verpflichtet werden (fidejussor non tenetur). Aus welchem Grunde war denn dies nun aber der Fall? — Offenbar deshalb, weil keine Hauptschuld mehr existirte (liberatus est) und nur durch Irrthum verleitet der Schuldner dieselbe noch vorhanden glaubte. Diese irrige Voraussetzung konnte in den rechtlichen Wirkungen selbst keine Aenderung hervorbringen, und die Bürgschaft mußte, abgesehen von dem obwaltenden Irrthum, da sie sich ohne Hauptschuld nicht denken läßt, wirkungslos seyn (Quia erroris fidejussio nulla est). Ist nun aber auf diese Weise die Bürgschaft für durchaus nichtig erklärt, so läßt sich damit die Annahme einer naturaliter fortbestehenden Verbindlichkeit nicht vereinigen, denn daß für eine naturalis obligatio allerdings die fidejussio noch zulässig sey, wird nicht bezweifelt.

Diesem gesammten Sinne des angeführten Gesetzes sucht nun Weber[1]) auf zweifache Weise zu begegnen. Einmal legt er den letzten Worten: „quia erroris fidejussio nulla est," ein besonderes Gewicht bei, und sucht aus ihnen zu zeigen, daß nur wegen des obwaltenden Irrthums von Seiten des Schuldners die Bürgschaft ungültig sey, nicht aber wegen der mittelst Verjährung etwa eingetretenen Hinfälligkeit des Hauptdebitums. Allein betrachten wir diese Worte im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden, so ergiebt sich leicht die Unhaltbarkeit dieser Interpretation; denn nach jener Verbindung ist ja zugleich angegeben, worin der Irrthum bestand. Es hatte der Schuldner die Bürgschaft bestellt, postquam tempore transacto liberatus est, nachdem überall keine Schuld mehr bestand; vermöge der accessorischen Natur der fidejussio mußte diese daher

1) Natürliche Verbindlichkeit. §. 92. S. 397 — 400.

natürlich ausgeschlossen seyn. Somit concurrirt freilich der Irrthum, allein auf ihm beruht nur nicht der Entscheidungsgrund in unserm Gesetz. Die Bürgschaft ist vielmehr ungültig, weil überall keine Hauptschuld existirt, und in dieser Beziehung coincidirt des Schuldners error. Sodann aber sucht Weber dem Gesetz seine Beweiskraft dadurch zu entziehen, daß er es überall gar nicht von der Verjährung verstanden wissen will. Nach altem strengen Rechte waren bekanntlich bei der Obligation Endtermine und Endbedingungen unzulässig, so daß wenigstens nicht ipso jure eine auf eine gewisse Zeit eingegangene obligatio wieder aufhören konnte, und es vielmehr der exceptio doli bedurfte, um dennoch dem Schuldner zu dem zu verhelfen, was ihm das strenge Recht versagte. Aus demselben Grunde der Billigkeit, aus welchem dem Schuldner eine Einrede gegen einen solchen aus einer mit einem Endtermine versehenen obligatio herrührenden Anspruch gegeben wurde, mußte nun auch eine bei einem auf diese Weise beschränkten Geschäfte vorkommende Bürgschaft wirkungslos seyn. Was daher in unserer Stelle von der fidejussio nulla vorkommt, postquam debitor tempore transacto liberatus est, das soll sich eben auf einen solchen Fall beziehen, und die Bürgschaft deshalb für ungültig erklärt seyn, weil ja vermöge der dem Schuldner zustehenden exceptio die Hauptverbindlichkeit selbst nur eine bestimmte Zeit dauerte. — Allein es leuchtet ein, wie dieser ganze Versuch einer Erklärung nur zu sehr das Bemühen ausspricht, die Schwierigkeiten der so laut für's Gegentheil sprechenden Stelle zu entfernen. Wo findet sich auch nur die geringste Andeutung von einem Verhältniß, wie es Weber voraussetzen will, wo steht es, daß von einer mit einem Endtermine versehenen *obligatio* die Rede sey? Bedarf es solcher willkührlichen Suppositionen, um sich über das Gesetz erheben zu können, so beweißt dies allein schon die Unhaltbarkeit der auf diese Weise gewonnenen Resultate.

Geht man vorurtheilsfrei zu unserm Gesetz, so läßt sich an etwas anderes, als an eine durch Verjährung vernichtete Verbindlichkeit nicht denken. Ohne alle Voraussetzungen und beliebige Vermuthungen ergeben die bloßen Gesetzesworte diesen Sinn. Ganz allgemein ist geordnet, daß nach Ablauf der Zeit eine dadurch erloschene Obligation nicht durch Bürgschaftsbestellung wieder solle wirksam werden können; in dieser Allgemeinheit paßt das Gesetz nur auf die Verjährung. Sollte ein durch Endtermine beschränktes Verhältniß verstanden seyn, so mußte dies nothwendig ausgesprochen werden, da es von selbst nicht hervorgeht. Und selbst der nach den letzten Worten unserer Stelle (quia erroris fidejussio nulla est) vorausgesetzte Irrthum scheint vielleicht für diese Erklärung nicht ganz ohne Erheblichkeit, indem sich dieser, dem gewöhnlichen Gange der Verhältnisse zu Folge, doch gewiß nicht so leicht bei dem Schuldner voraussetzen läßt, der selbst die Eingehung der Verbindlichkeit noch in frischem Andenken hat, der sich der bestimmten Dauer des Geschäftes in der Regel bewußt seyn muß, als bei demjenigen, gegen welchen die Klage durch Zeitablauf verjährt ist, was, indem nichts Ausdrückliches, in die Sinne Fallendes dabei vorkommt, viel leichter außer Acht gelassen werden kann. — Neuerer Zeit hat man [1]) auf eine andere Weise diese lex cit. 37. wieder erklären wollen, indem man seine Zuflucht zu einer Interpolation genommen hat. Aus Gajus wissen wir bekanntlich, daß es im vorjustinianeischen Rechte drei Arten von Bürgschaften gab, sponsio, fidepromissio und fidejussio, von denen die beiden ersten sich fast ganz gleich, und als streng civilrechtliche Institute in weit engere Grenzen eingeschlossen waren, als die mehr naturrechtliche, freiere fidejussio. Die fidejussores waren

1) S. Franke in d. civ. Abhandl. Nro. II. S. 73 u. 74.

großer Erheblichkeit seyn könne, weil sie dadurch doch auf keinen Fall ein positiv beweisendes Argument erhalten, sondern höchstens negativ, insofern die Widerlegung dessen, was dem ganzen Anscheine nach aus jener Gesetzstelle sich ergiebt, von Nutzen seyn möchte, als nun für die ihnen entgegenstehende Meinung ein Gesetz, und somit ein Grund, weniger streiten könnte. Was sonst Triftiges ihnen entgegensteht, bleibt auf der einen Seite immer in ungeschwächtem Ansehen, und auf der andern ist für ihren Beweis auch nicht das Mindeste gewonnen.

Es ist bekannt, daß es vor Theodosius II. keine allgemeine Klagenverjährung gab. Nur für die actiones in rem speciales war der allgemeine Zeitraum von 30 Jahren schon früher anerkannt gewesen; Theodosius dehnte denselben auf die actiones personales und de universitate aus, und somit war von nun an erst durch eine erschöpfende Verordnung für alle Beklagte gesorgt [1]. Während sonach vor dieser Zeit in der Regel alle Klagen perpetuae waren, im eigentlichen Sinne des Worts, denn die Bezeichnung wurde auch beibehalten, nachdem schon die Beschränkung auf 30 Jahre gemacht war, gab es nur ausnahmsweise für einzelne Verhältnisse Bestimmungen über ihre kürzere Dauer. Die bisher betrachteten Pandektenfragmente rühren aus einer Zeit vor Theodosius, es versteht sich daher, daß, insoweit in ihnen von erlöschender Verjährung die Rede ist, dies eben nur von solchen ausnahmsweise festgesetzten Zeitbestimmungen verstanden werden kann. Für diese Untersuchung ist dies jedoch ganz ohne Einfluß; genug, daß wir aus ihnen sehen, wie man schon im älteren Rechte bei den einzelnen Fällen von dem allgemeinen Gesichtspuncte ausging, daß die Verjährung den Untergang

1) c. 3. C. de praescr. 30 v. 40 annor.

der ganzen Obligation nach sich ziehe, und nicht nur der mit derselben in Verbindung stehenden Klage.

Als Theodosius seine allgemeine Verordnung erließ, und nachher, behielt man stets die alte Ansicht bei. Den Beweis hiefür sollen uns nunmehr noch ein Paar Stellen liefern, die wir aus diesen neuern Constitutionen entnehmen. Man stellt hier wohl oben an die Anfangsworte der Theodosischen Verordnung selbst, wo es heißt [1]):

> „Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur: sed, *si qua res vel jus aliquod postuletur*, vel persona qualicunque actione vel *persecutione pulsetur*, nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda,"

und bezieht sich auf die in dieser Stelle vorkommenden Ausdrücke: „si qua res vel jus aliquod postuletur, vel —— persecutione pulsetur;" allein, da das postulare immer nur das petere begreift, und persecutio doch vorzugsweise eine klagähnliche Rechtsverfolgung bezeichnet, und nicht jede vor Gericht erbetene Berücksichtigung einer Befugniß, so möchte auf diese Stelle nicht so viel Gewicht gelegt werden können, obgleich wohl auch nicht zu leugnen ist, daß dieselbe ziemlich allgemein gefaßt ist.

Dagegen dürfen nun zwei andere Stellen hier nicht fehlen, die geradezu von dem Rechte selbst und seinem Erlöschen sprechen.

In der einen sagt Anastasius [2]):

> „—— *nullumque jus privatum vel publicum* in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum quadraginta annorum *extinctum est jugi silentio*, moveatur: sed quicunque super quolibet

1) c. 3. cit.

2) c. 4. C. de pr. 30 v. 40. annorum.

jure, quod per memoratum tempus inconcussum, et sine ulla re ipsa illata judiciaria contentione possedit — — sit liber etc."

Die andere ist von Justinian selbst, und hier heißt es [1]:

„Saepe quidam suos obnoxios in judicium vocantes, et judiciariis certaminibus ventilatis, non ad certum finem lites perducebant: sed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam forte fugientium, vel suam imbecillitatem, vel alios quoscunque casus (cum sortes humanae multae sint), qui nec dici, nec numerari possunt, deinde *jure suo lapsi esse videbantur*, eo quod post cognitionem novissimam triginta annorum spatium effluxerit, et hujusmodi exceptione opposita, *suas fortunas ad alias translatas videntes*, merito quidem sine remedio ante lugebant. Quod nos corrigentes etc." (Es folgt nun die Verwandlung der 30jährigen Verjährung in eine 40jährige für den Fall, wo die angestellte Klage nachher liegen geblieben ist.)

In der That wunderbar ist es, wie man bei so klar und unumwunden sprechenden Gesetzen auf eine Theorie hat verfallen können, wie sie von den Gegnern vertheidigt wird. Wie soll man dem Kaiser Anastasius Schuld geben können, daß er rein etwas anderes beabsichtigt und im Sinne gehabt habe, als was er wirklich ausgesprochen hat? Dazu sehe ich doch in der That keinen Grund. Recht ausdrücklich spricht er aber: „*nullumque jus* — moveatur," von der Klage ist die Rede nicht. — Eben so geht aus dem zweiten von Justinian selbst herrührenden Gesetz unleugbar hervor, daß man bei eintretender Verjährung den Untergang des gesammten Rechts zu erleiden hat. Wie könnte

1) c. 9. C. eod. tit.

von denen, die innerhalb 30 Jahren ihren begonnenen Rechtsstreit nicht zu Ende geführt haben, gesagt werden, daß sie ihres Anspruchs verlustig gingen (jure suo lapsi esse videbantur), wenn nur die Klage gemeint seyn sollte; wie könnte es von ihnen heißen, daß sie ihr Vermögen auf andere übertragen sähen (suas fortunas ad alios translatas videntes) [1]), wenn sie in der That auch nach abgelaufener Verjährungszeit noch die Berechtigten blieben, wenn nichts destoweniger bei ihnen der Anspruch fortdauerte, und nur eine beschränktere Möglichkeit der Rechtsverfolgung eintreten sollte? — Solche Aeußerungen, denk' ich, sind doch wohl sprechende Zeugnisse für die Willensmeinung der Gesetzgeber, und aus ihnen müssen dann leicht anders gewählte Ausdrücke, welche etwa einer mehrfachen Deutung fähig sind, ihre angemessene Erklärung erhalten.

III.

Endlich soll hiermit nur noch kurz in Verbindung gebracht werden, was uns die Alten über den Zweck der Verjährung lehren; denn auch dies scheint für unsere Frage kein unwichtiges Moment, und das Bisherige recht innig zu unterstützen.

Schon eine Aeußerung Cicero's führt uns auf den Gesichtspunct hin, aus welchem die Römer das Institut der Verjährung aufzufassen pflegten, und worin sie seine Rechtfertigung fanden.

Er sagt [2]):

„Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi,

---

1) Es ist mir nicht bekannt, daß auf diese Worte, die doch so entschieden den Verlust des ganzen Rechts aussprechen, schon aufmerksam gemacht worden wäre.

2) Orat. pro Caec. cap. 26. s. f.

hoc est, *finis sollicitudinis ac periculi litium*, non a patre relinquitur, sed a legibus."

Er sah also in ihr ein Schutzmittel gegen das viele Processiren und die Gefahren der Rechtshändel. Ganz in dem nemlichen Sinne äußern sich unsere juristischen Classiker. Gerade die Verringerung der Rechtsstreitigkeiten ist es, auf die sie jeder Zeit als Zweckbestimmung zurückkommen.

So z. E. Neratius [1]):

„Usucapio rerum etiam in aliis causis concessa, interim propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, *ut aliquis litium finis esset.*"

Dieselbe Ansicht spricht auch aus Paulus [2]):

„— — Vetustas, quae semper pro lege habetur, *minuendarum sc. litium causa.*"

Besonders interessant ist aber eine Stelle in des Gajus Inst. Commentarien [3]):

„Quod ideo receptum videtur (es ist von der Usucapion solcher Dinge die Rede, welche von einem non dominus tradirt worden waren), ne rerum dominia diutius in incerto essent: cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni, aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est."

Gajus sucht hier nach einer doppelten Seite das Institut der Verjährung zu rechtfertigen, indem er einmal die Sicherheit des Eigenthums, also den Schutz des ruhigen

---

1) fr. 5. D. pro suo. (41, 10.)

2) fr. 2. pr. D. de aq. et aq. pluv. (39, 3.)

3) II, 4. — Ganz dasselbe hat Gajus auch an einem andern Orte (Lib. 21. ad edict. prov.) ausgesprochen, und diese Stelle ist von den Compilatoren in die Pandecten aufgenommen worden. S. fr. 1. D. de usurp. (41, 3.)

Besitzes hervorzuheben bemüht ist, und sodann auch den etwaigen Einwurf, daß die Eigenthümer auf diese Weise um ihr wohlerworbenes Recht gebracht würden, damit hinwegzuräumen sucht, daß ja innerhalb der Verjährungszeit ihnen das Mittel zur Sicherung ihres Rechts offenstand, und sie es daher nur sich selbst zuzuschreiben hätten, wenn sie am Ende verlören. Dort ist es also wieder finis sollicitudinis und der endliche Schutz vor periculum litium, der dem Räsonnement zum Grunde liegt, und in der zweiten von Gajus angeführten Rücksicht wird uns dasjenige bestätigt, was oben von der Natur der exc. praescriptionis erwähnt wurde. Nicht in odium des Verlierenden, um ihn zu strafen, ist die Verjährung eingeführt, man nahm nur um so weniger Anstand den Beklagten auf Kosten jenes in seiner Lage zu schützen, da dieser es am Ende nur sich zuzuschreiben hat, wenn er durch den Nichtgebrauch seines Rechts dieses selbst verliert (cum sufficeret domino ad inq. r. s. anni aut biennii spatium).

Beide Rücksichten schwebten dann auch Justinian vor [1]), nur daß er es für billig fand, so wie denn auch die damaligen Verhältnisse, namentlich die größere Ausdehnung des Reichs, ihn dazu nöthigen mochten, zu Gunsten der alten Eigenthümer einen längern Verjährungstermin allgemein zu bestimmen.

Die angeführten Zeugnisse der Classiker sprechen freilich von usucapio, allein da die s. g. erlöschende Verjährung doch nur ein modificirender Fortschritt war, eine weitere Ausbildung, gewissermaaßen das Kind der Mutter usucapio, so ist überhaupt kein Bedenken vorhanden, im Wesentlichen bei ihr eine gleiche Natur, die nemliche Zweckbestimmung vorauszusetzen. Auch wo sich die Erfordernisse einer erwerbenden Verjährung nicht vorfinden, bleibt

---

1) pr. J. de usucap. (2, 6.)

doch immer das öffentliche Interesse, den beständigen Rechtshändeln ein Ende zu machen, und die billige Rücksicht, endlich einen dauerhaften Schutz für den bisherigen Zustand zu gewinnen [1]).

Ist nun aber dies der eigentliche Zweck aller Verjährung, so leuchtet es ein, wie derselbe schwerlich mit der bloßen Entziehung des Klagrechts erreicht werden kann. Da es hier demjenigen, gegen welchen die Verjährungszeit abgelaufen ist, immer noch frei stünde, durch eine Einrede seinen Anspruch geltend zu machen, so würde nunmehr nur

1) Daß man gerade von denselben Rücksichten auch bei der 30 und 40jährigen Verjährung ausging, ist für diese aber auch ausdrücklich ausgesprochen. Denn so heißt es in Nov. Valent. tit. 27. pr. „— — Quis ferat, institui jurgia, quae avi ac proavi nescierunt? quae alia improbum litigatorem tam valida defensio submovebit, si possessorem nec saecula in infinitum transacta defendunt?“ §. 3. „— —, qua (sc. lege) — — humano generi profunda quiete prospexit, constituens, post xxx annos nulla penitus jurgia, quae medio tempore mota non fuerant, excitari — — Dicendo enim *omnia*, nullum penitus cujuslibet litis aut causationis fomitem dereliquit.“ — Gegen diese, die ganze hier vertheidigte Ansicht so sehr unterstützenden Worte weiß sich selbst Prof. Guyet nicht anders zu helfen, als daß er geradezu erklärt: „sie dürften nicht zur Interpretation des Justinianeischen Rechtsbuchs benutzt werden.“ — Warum dies nun aber gerade in diesem Falle so seyn solle, während außerdem Niemand Anstand nimmt, aus dem vorjustinianeischen Rechte das justinianeische selbst zu erklären, dafür weiß sich der Verf. in der That keinen Grund anzugeben. — Was kann uns zu der Annahme bewegen, daß, wie mit Einem Schlage Justinian das Verjährungs-Institut aus einem ganz andern Gesichtspuncte betrachtet habe, als man vor ihm gewohnt gewesen war? Seine eigenen Aeußerungen im Zusammenhalt mit den angeführten Gesetzen führen uns vielmehr geradezu auf ein entgegengesetztes Resultat. — Vergl. überhaupt auch: Nov. Valent. tit. 27. §. 4 u. 5. tit. 35. §. 13 u. 14. — c. 4. C. Just. de pr. 30 v. 40 annor. und c. 7. pr. C. eod. tit.

auf eine andere Art der Anspruch wieder angeregt werden, und alle die gerühmten Vortheile der temporis praescriptio wären durch diese leichte Umgehung des Gesetzes verloren.

Was Sommer[1]) recht scharfsinnig über diesen Punct sagt, mag nun noch zum Beschlusse hier stehen:

„Diesem Zwecke (den Rechtshändeln ein Ende zu machen) „ist in der That sehr wenig damit gedient, wenn blos „die Klage vernichtet seyn soll, aber immer noch das „Recht durch Einrede geltend gemacht werden kann. Der „Berechtigte wird nehmlich, um auf krummen Wegen „zu erreichen, was ihm auf geraden nie zu Theil wer„den wird, alle seine Aufmerksamkeit darauf verwenden, „eine Gelegenheit zu erhalten, wo er dem Schuldner „selbst schuldig werden und dann gegenverrechnen könne. „Dieser wird dagegen sich hüten müssen, auf irgend eine „Weise mit seinem alten Gläubiger in Verkehr zu kom„men, damit dieser ja nicht gegenverrechnen könne. Ist „der Schuldner in diesem Kampfe auch Sieger, viel „helfen wird es ihm nicht, denn was ist leichter, als „daß der Gläubiger sein Recht, dem nur die Wirkung „einer unzerstörbaren Klage und sonst nichts mangelt, „irgend einem Schuldner seines Schuldners überträgt? „Was will hier der alte Schuldner antworten? verstum„men muß er und in Demuth die unerforschlichen Rath„schläge der Gesetze anbeten."

Zweites Capitel.

Gegengründe.

Was man zu Entkräftung der in dem Bisherigen enthaltenen Gründe etwa anführen möchte, ist gelegentlich mit

---

1) Rechtswissenschaftl. Abh. S. 7.

berücksichtigt worden; es bleibt nun noch übrig, dasjenige zu prüfen, was die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung zu einer positiven Begründung derselben für geeignet halten.

I.

Der Einwand, daß, weil der Gebrauch der Einrede nicht von dem Berechtigten abhänge, diese vielmehr durch die Anstellung der Klage von der andern Seite bedingt sey, deren Fortdauer auch nach dem Verluste der Klage behauptet werden müsse, worin eben der sprechendste Beweis für den ferneren Bestand des Rechts selbst enthalten sey, ist heut zu Tage wohl selbst von dem größten Theile der Gegner in seiner Unhaltbarkeit erkannt worden, so daß hier eine ausführliche Widerlegung gewiß am unrechten Orte seyn würde [1]. Wer das wirksamste Mittel des Rechtsschutzes in seiner Gewalt hat, bei dem kann doch von irgend einer Abhängigkeit nicht die Rede seyn; wer klagend sein Recht verfolgen konnte, und dies unterläßt, der kommt in keinem Falle zu kurz, wenn am Ende auf Kosten seiner Sorglosigkeit ein friedlicher Rechtszustand bezweckt wird. Höchstens würde für die Fälle, wo das Recht mit einer Klage nicht versehen ist, sich überhaupt von einem Zustande der Wehrlosigkeit sprechen lassen, indem hier in der That die Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts einzig von der Anstellung der Klage dependirt; dann aber eben erledigt sich die ganze Frage dadurch, daß nur für Klagrechte, das sind Befugnisse, die nöthigenfalls durch Klaganstellung geschützt werden können, in unsern Gesetzen eine allgemeine Regel aufgestellt worden ist, nicht für alle Rechte, die sich überhaupt denken lassen.

---

1) Insoweit jedoch zu Begründung dieser Behauptung auch Aussprüche der Gesetze beigebracht werden, soll weiter unter Nro. III. noch besonders davon die Rede seyn.

II.

Einen zweiten Gegengrund findet man in der Behauptung, daß in den Quellen nur von der Erlöschung der Klagen die Rede sey, nicht aber von dem denselben zum Grunde liegenden Rechte. — Könnte man diesen Umstand auch nicht in Abrede stellen, so würde er dennoch nicht für überzeugend gehalten werden können, da aus der Natur der exceptio praescriptionis, als einer perpetuae, noch immer die Vernichtung des gesammten gegentheiligen Anspruchs folgen würde [1]; allein jene Voraussetzung ist nicht einmal richtig, denn es unterliegt nach Nro. II. eben keinem Zweifel, daß in vielen Stellen geradezu der Untergang des Rechtes selbst ausgesprochen ist. Steht dies aber fest, so, denk' ich, liegt es doch wohl auf der Hand, daß aus diesen Stellen die Erklärung derjenigen entnommen werden muß, in denen vorzugsweise von den Klagen die Rede ist, und nicht aus diesen die Deutung jener; denn recht wohl konnte hie und da die Klage allein genannt seyn, als der wesentlichste Bestandtheil eines Rechts, als derjenige, auf welchen zunächst die Verjährung ihren Einfluß behauptet, ohne daß damit etwas Unrichtiges ausgesagt, und ohne daß dadurch der übrige Effect ausgeschlossen wäre, während, wenn von dem Untergange des ganzen Rechts gesprochen würde, ungeachtet nur die Klage gemeint seyn sollte, eine ganz schiefe Vorstellung erregt worden wäre.

III.

Endlich hat man nun auch noch ganz besonders in zwei Gesetzen einen unzweifelhaften Beweis für die perpetuirliche Dauer der Exceptionen gefunden, und in ihnen also zugleich ein ausdrückliches Zeugniß für den

1) S. oben Cap. I. Nro. I.

Fortbestand des Rechts auch nach dem Erlöschen der Klage erkennen wollen.

In dem einen Gesetze heißt es [1]):

„Licet unde vi interdictum intra annum locum habeat, *tamen exceptione perpetua succurri ei*, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate juris manifestatur.“

Hier, sagt man, sey ganz namentlich die Fortdauer der Einrede ausgesprochen (tamen exc. perp. succurri ei), auch nachdem die für die Anstellung des Interdicts gesetzte Jahresfrist abgelaufen sey. Allein, bleibt man nicht bei dem oberflächlichen Eindrucke stehen, welchen die Stelle vielleicht hervorbringen kann, so ergiebt sich leicht, daß auch nicht das Mindeste von dem darin enthalten ist, was sie nach der Ansicht der Gegner besagen soll; daß sie vielmehr in der besten Uebereinstimmung mit der hier vertheidigten Meinung steht. Ich glaube, die Natur des interdictum de vi beseitigt hier jeden Anstoß. Dieses ist zum Theil eine Delictsklage, zum Theil ist dasselbe auch blos reipersecutorisch. In jener Beziehung geht dasselbe auf Ersatz jedes Schadens, der durch die verübte Gewaltthätigkeit zugefügt oder veranlaßt worden ist [2]), daher auf alle Sachen, die mittelbar bei der Dejection mit verloren gegangen sind [3]), daher alle Früchte, die der Dejectus selbst hätte beziehen können [4]), zu ersetzen sind u. s. w. Insoweit nun das Interdict zugleich auf das gesammte Interesse gerichtet ist, ist dasselbe auf die Dauer Eines Jahres be-

1) c. 3. C. de except. s. praescr. (8, 36.)

2) fr. 1. §. 41. D. de vi et de vi arm. (43, 16.)

3) fr. 1. pr. D. eod.

4) fr. 1. §. 40. D. eod. c. 4. C. eod. tit. (8, 4.) — Vergl. überhaupt auch v. Savigny Recht des Besitzes. §. 40. S. 487 folg. (5. Ausg.).

schränkt [1]; insofern dagegen nur die Restitution des mit Gewalt entrissenen, von dem Dejicienten fortwährend besessenen Klag-Objects bezweckt wird, steht auch nach jener Zeit [2] der Klage nichts entgegen. Aus diesem letztern Grundsatz ergiebt sich aber ganz von selbst, daß um so mehr der Dejectus sich durch Einrede muß schützen können, wenn er außer dem Fall der geschehenen Restitution den Besitz der mit Gewalt entzogenen Sache auf andere Weise wieder erhalten hat. Gerade dies ist es nun aber eben, worüber es sich in unserem Gesetze handelt. Der Dejectus hatte in der Folge den Besitz der Sache wiedererhalten (post retinuit possessionem), von ihm heißt es: er sey exceptione perpetua geschützt, wenn auch das interdictum unde vi in der Regel nur Ein Jahr dauere; natürlich, denn jene regelmäßige Dauer bezieht sich auf die Anstellung des Interdicts in seinem ganzen Umfange; so weit es beschränkt wird ad id, quod ad eum (sc. dejicientem) pervenit, ist jene kurze Zeitfrist ohne Einfluß (etiam post annum judicium dabo).

Es gehen also auch hier Klage und Einrede ganz parallel, und diese steht nur zu, weil ja auch mittelst Klage der Anspruch hätte geltend gemacht werden können; nichts aber ist in unserer Stelle von einem fortdauernden Gebrauche der Einrede gesagt, während die Klage erloschen sey, so daß hieraus der Fortbestand des Rechtes selbst sich ergäbe, sondern, wie weit in unserem Gesetz eine Einrede gestattet ist, insoweit gerade würde auch klagweis der Anspruch haben verfolgt werden können, wäre der Fall so unterstellt worden, daß es einer Klage bedurft hätte.

---

1) fr. 1. pr. D. de vi. fr. 1. §. 39. D. eod. c. 2. C. eod. tit.

2) Leges cit.

Die andere Stelle lautet also [1]):

„Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est; *nam haec perpetuo competit:* cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur jure suo; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.“

Hier, sagt man, stehe es ja unumwunden, daß die Klage innerhalb der bestimmten Verjährungszeit untergehe, die Einrede dagegen ewig dauere; denn der Grund, der für die perpetuirliche Dauer der exc. doli angeführt sey, laute ganz allgemein, und bedürfe keiner Restriction auf das in dem Gesetz enthaltene Verhältniß. — Sollte denn nun aber wirklich dies die Meinung des Paulus gewesen seyn, sollten wir in der That in dieser einzigen Stelle eine Ansicht ausgesprochen finden, die, wie aus dem Bisherigen erhellet, den vielfachsten und unzweideutigsten Aeußerungen der Gesetze widersprechen würde? Ich denke, dazu ist durchaus kein Grund vorhanden, und auch diese Stelle steht mit dem übrigen Rechtssystem in dem besten Einklang. — Lassen wir dieselbe von den Fällen sprechen, wo zwar eine exceptio doli gegeben ist, nicht aber zugleich eine actio, und daß es solche Fälle giebt, ist außer Zweifel [2]), so ist auf einmal alles ausgeglichen, denn dann ist nicht mehr die Rede von einem Klagrechte, sondern von einer andern Befugniß, für welche eine 30jährige Dauer gar nicht hat

1) fr. 5. §. 6. D. de doli mal. et met. exc. (44, 4.)

2) S. z. E. §. 30. J. de rer. div. (2, 1.). fr. ult. D. dolo malo (4, 3.). fr. 23. §. 4. fr. 27. §. 5. fr. 48. D. de R. V. (6, 1.). fr. 14. §. 1. D. comm. div. (10, 3.). fr. 33. D. de condict. indeb. (12, 6.). fr. 17. D. de evict. (21, 2.). fr. 81. §. 3. de legat. I. fr. 4. §. 9. fr. 14. D. de dol. mal. et met. exc. (44, 4.)

behauptet werden sollen; und für diesen Fall heißt es dann in dem Gesetz ganz richtig: „nam haec (exceptio) perpetuo competit.“ Darin setzt Paulus den Entscheidungsgrund, daß es ja dem Berechtigten in die Hand gegeben sey, seinen Anspruch geltend zu machen, wenn er eine Klage habe (cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur jure suo); es folgt von selbst, daß er ihn für diesen Fall hinreichend berathen fand, und daß es dann gar keine Unbilligkeit in sich enthalte, wenn er sein ganzes Recht einbüßt [1]).

Auch wer im Ganzen mit dem Resultate der bisherigen Untersuchung einverstanden ist, trägt dennoch wohl Bedenken, rücksichtlich der *rei vindicatio* und der hypothekarischen Klage das Erlöschen des gesammten Rechtes zu behaupten [2]), indem für den Fall, wo der malae fidei possessor, der durch Zeitablauf geschützt war, den Besitz verloren hatte, beide Klagen wieder zuständen [3]); allein gerade in dieser Beziehung ist neuerer Zeit jedes Bedenken gehoben, und genügend gezeigt worden, daß auch rücksichtlich jener beiden Klagen keine Ausnahme von der Regel

---

1) Einen Beweis für die gewöhnliche Meinung findet man auch in c. 7. §. 1. C. de praescr. 30 v. 40 annor. und in c. 2. C. de luit. pignoris (8, 31.); allein wie wenig auch diese beiden Stellen dasjenige aussprechen, was man sie gern sagen lassen möchte, ist neuerdings genügend gezeigt worden. S. Linde Prozeß. (Erste Ausg.) §. 131. Note 12., und besonders v. Löhr Archiv f. d. civ. Praxis. X. H. 1. Nro. II. S. 82 — 84.

2) S. z. E. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. §. 43. (3. Ausg.)

3) c. 8. §. 1. C. de praescr. 30 v. 40 annorum.

statt finde [1]). Es genüge daher hier, auf jene Ausführung verwiesen zu haben [2]).

1) S. v. Löhr a. a. O. S. 81 u. 82.

2) Als gegen die hier vertheidigte Ansicht beweisend führt Guyet nun auch noch an, daß nach derselben in dem Falle, wo die Eigenthums-Klage durch Verjährung erloschen sey, während der bisherige Besitzer in mala fide sich befinde, dieser als Occupant das Eigenthum nichts desto weniger erwerbe, da durch die Verjährung der Klage die Sache res nullius geworden sey, was doch gegen Justinian's ausdrücklichen Willen streite. — Solche Folgerungen können aber doch auf keine Weise dazu benutzt werden, um den Ausspruch klarer Rechtsvorschriften zu verdächtigen. Ein Gesetz, welches allgemein verordnet, kann eben in dieser Allgemeinheit höchst vernünftig und zweckmäßig seyn, und dennoch in seinen einzelnen Fällen, welche nicht alle vorbedacht werden konnten, auf unerwartete Resultate führen. Hier ist es dann die Sache des Juristen, dem Geiste der Gesetzgebung möglichst angemessen auszugleichen *). Glücklicherweise wird er aber in unserem Falle nicht so leicht in diese Lage versetzt werden, denn Beispiele, wo Jemand den Besitz einer unrechtmäßig erworbenen Sache 30 Jahre lang ununterbrochen fortgesetzt, und der wahre Eigenthümer sich während dieses langen Zeitraums dabei beruhigt hat, gehören doch wohl unter die Seltenheiten der juristischen Casuistik.

*) Hier würde dies wohl so am besten geschehen, daß man dem malae fidei possessor nur den Schutz im Besitz zuspricht, das Occupationsrecht von seiner Seite aber ausschließt. Dritte, als Occupanten, sind gar nicht zu denken, denn gegen sie ist dem vorigen Eigenthümer in c. 8. §. 1. C. cit. ganz ausdrücklich das Vindicationsrecht zugesprochen.

XI.

Ueber die äussere Form des emphyteuticarischen Contractes.

Von Marezoll.

§. 1.

Gegenstand der Untersuchung.

Schon lange wird darüber gestritten, in wie weit die Errichtung einer schriftlichen Urkunde als wesentliche Form zum gültigen Abschluß des emphyteuticarischen Contractes gehöre [1]). Unter den vielen darüber herrschenden Ansichten scheint bei weitem den Vorzug zu verdienen diejenige, welche von jeher am wenigsten Eingang gefunden hat, und daher bei den Neueren fast ganz in Vergessenheit gerathen ist. Um so nöthiger mögte es sein, dieselbe von neuem zu prüfen und sie durch stärkere Argumente, als bisher geschehen, zu empfehlen.

§. 2.

Entwickelung der richtigen Ansicht.

Bekanntlich war unter den römischen Juristen darüber gestritten worden, ob der Fall, wenn ein Grundstück *in perpetuum* verpachtet worden, *ea lege ut quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus*

1) Vergl. im Allgemeinen v. Glück ausf. Erl. der Pand. B. 8. S. 460 u. f.

praedium auferatur, zur Locatio Conductio, oder zur Emtio Venditio gehöre [1]). Kaiser Zeno entschied den Streit dahin, es sei ein solcher Vertrag weder eine reine Locatio Conductio, noch eine reine Emtio Venditio, sondern ein selbstständiger, eigenthümlicher Vertrag, unter dem Namen Contractus Emphyteuticarius.

[2]) Imp. *Zeno* A. Sebast. P. P.

„Jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis esse titulis adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constituimus, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem item definitionemque habere propriam et justum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis, placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut si interdum ea, quae fortuitis casibus eveniunt, pactorum non fuerint conventione concepta, si quidem tanta emerserit clades, quae prorsus etiam ipsius rei, quae per emphyteusin data est, faciat interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum permansit, sed rei domino, qui quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur. Sin vero particulare, vel aliud leve contigerit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum.“

---

1) *Gaj.* III. §. 145., wo der Fall zu der locatio conductio gerechnet wird. §. 3. J. III. 24.

2) c. 1. C. 4, 66.

Es geht hieraus hervor, daß der Streit der älteren Juristen sich besonders mit um die Frage gedreht hatte, wie es mit dem Periculum zu halten sei. Denn, wendete man die Grundsätze des Kaufcontractes auf das in Perpetuum verliehene Grundstück an, so mußte nach perfectem Contracte denjenigen, welchem die Verleihung geschehen war, der Casus und das Periculum des Grundstückes treffen. Behandelte man dagegen das Verhältniß als Pacht oder Miethe, so hatte der Verleiher das Periculum zu tragen.

Gerade diesen Punct hebt Zeno hervor, um seine Entscheidung, daß der emphyteuticarische Vertrag weder zur Locatio Conductio, noch zur Emtio Venditio zu zählen sei, sondern eine eigenthümliche Natur habe, zu rechtfertigen. Denn er wendet dabei theils die Grundsätze vom Kauf, theils die von der Pachtung an. Wenn nämlich das emphyteuticarische Grundstück durch Zufall gänzlich untergeht, so soll dieses Periculum interitus den Dominus Emphyteuseos treffen, indem jetzt der Emphyteuta für die Zukunft keinen Canon, kein Vectigal mehr zu entrichten braucht. Das nähert sich der Theorie von der Locatio Conductio. Wenn dagegen durch Zufall das Grundstück nur theilweise untergeht, oder nur verschlechtert wird, so soll dieses Periculum Deteriorationis den Emphyteuta treffen, indem er dennoch, nach wie vor, den vollen Canon, den ganzen Betrag des Vectigal zu entrichten verbunden bleibt. Darin liegt eine Annäherung an die Theorie von der Emtio Venditio.

Dabei war übrigens die Absicht des Kaiser Zeno keineswegs die, daß immer und nothwendig das Verhältniß in der erwähnten Art sich gestalten müsse; sodern er stellte nur die Regel auf. Denn so soll es mit dem Periculum und dem Casus gehalten werden, wenn nichts Anderes noch besonders unter den Contrahenten verabredet worden ist. Abweichungen von dieser Regel durch dergleichen besondere Vertragsbestimmungen werden ausdrücklich gestattet, jedoch

mit der Beschränkung, daß sie in scriptis verabredet werden müssen, wenn sie überhaupt Gültigkeit haben sollen. Dagegen Abweichungen von jener Regel, oder, wie man es heut zu Tage auszudrücken pflegt, von den Naturalien der Emphyteusis, welche ohne schriftliche Vertragsurkunde verabredet worden, haben keine verbindliche Kraft, weil ihr Beweis lediglich durch Schrift geführt werden kann und soll.

Daraus ergibt sich folgende von Zeno aufgestellte Theorie. Der emphyteuticarische Contract ist, wenn nichts von den Naturalien Abweichendes verabredet werden soll, ein bloßer Consensualcontract, wie Kauf und Miethe; er muß aber schriftlich errichtet werden, sobald dergleichen Abweichungen beabsichtigt werden.

Dafür, daß dieses der wahre Sinn von Zeno's Constitution sey, sprechen entscheidend folgende Gründe.

I. Solche Gründe, welche in den eigenen Worten des hier zu erklärenden Gesetzes liegen.

Es ist erstens ausgemacht, daß vor Zeno der Vertrag, wodurch eine nachher sogenannte Emphyteusis errichtet wurde, ein bloßer Consensualcontract war. Denn nur zwischen Kauf und Pacht schwankten die römischen Juristen, und beides sind Verträge, welche schon durch den bloßen Consensus perfect und klagbar wurden. So lange also nicht bewiesen wird, daß Zeno dieses als Regel aufgehoben hat, so lange wird es als noch jetzt geltend betrachtet werden müssen.

Es läßt sich nun aber zweitens nicht verkennen, daß der emphyteuticarische Contract, selbst noch in der veränderten Gestalt, welche er von Zeno erhalten hat, durchaus aus Grundsätzen der Locatio Conductio und der Emtio Venditio zusammengesetzt ist. Das zeigt eine nur etwas genauere Vergleichung, besonders mit der Locatio Conductio. Darum trägt der Dominus die Gefahr des gänzlichen Unter-

ganzes des Grundstückes, wie der Verpachter. Darum kann der Emphyteuta, wenn er das Grundstück deteriorirt, oder den Canon eine gewisse Reihe von Jahren hindurch nicht bezahlt, expellirt werden, gerade so wie im gleichen Falle der Pachter u. s. w.

Nur dieser Umstand, daß der neugeschaffene Contractus Emphyteuticarius seinem Wesen nach immer noch Locatio Conductio blieb, konnte auch wohl drittens den Kaiser Zeno dazu bestimmen, den Vertrag einen Contractus zu nennen. Es ist das sehr erklärlich und sogar ganz consequent, wenn wir davon ausgehen, daß Zeno hier im Grunde nur dem Namen nach einen ganz neuen Vertrag geschaffen, der Sache nach aber nur aus zwei schon von jeher als Contracte anerkannten Verträgen, durch Vermischung ihrer Grundsätze, eine Modification gemacht hat, die freilich nur, wie die beiden Grundformen derselben, ein Consensualcontract sein konnte und mußte. Dagegen erscheint das Verfahren Zeno's als eine wahre Abgeschmacktheit, als ein Verstoß gegen alle rechtsgeschichtliche Prinzipien, wie er sich selbst von den damaligen Zeiten nicht erwarten läßt, wenn wir davon ausgehen, daß der Kaiser in der That einen ganz neuen, seiner äusseren Form nach auf Schrift gebauten Vertrag bilden und dennoch denselben mit Gewalt und gegen alle historische Analogie in den geschichtlich schon längst geschlossenen Kreis des Contractus hinein zwängen wollte. Man geräth dadurch in die Nothwendigkeit, einen kaiserlichen Machtspruch zu Hülfe zu rufen, von dem sich doch nichts Aehnliches in der Geschichte des kaiserlichen Rechtes bis auf Justinian findet.

Dem steht auch nicht entgegen der Umstand, daß Zeno selber erklärt, der emphyteuticarische Contract solle eine von der Locatio Conductio und Emtio Venditio durchaus verschiedene Conceptio et Definitio haben. Denn, das geht blos auf den Inhalt des Vertrages, so wie ja über-

haupt der frühere, hier von Zeno entschiedene Streit der römischen Juristen sich gar nicht auf die äussere Form, sondern nur auf den Inhalt und die materiellen Grundsätze des Vertrages bezogen hatte.

Eben so wenig steht entgegen der Umstand, daß es der Eigenthümlichkeit eines Consensualcontractes widerspräche, wenn trotz dem gewisse Verabredungen dabei ohne Schrift nicht wirksam getroffen werden dürfen. Denn etwas ganz Aehnliches finden wir auch bei Verträgen, die anerkannte Consensualcontracte sind, namentlich bei der Locatio Conductio, woraus der emphyteuticarische Contract hervorgegangen ist, und womit er immer noch die meiste Aehnlichkeit hat.

[1]) Imperator *Zeno* A. Adamantio P. P.

„Ne cui liceat, qui aliquam domum alienam, vel locum aut ergasterium nomine conductionis accepit, alteri, qui post eum domini voluntate ad eandem conductionem accessit, litem inferre, quasi rem illicitam, aut agenti damnosam tentaverit: sed patere facultatem dominis, domus suas vel ergasteria, vel loca, cui voluerint, locandi, ipsis nihilominus, qui conduxerint, ab omni super hoc molestia liberis conservandis; *nisi forte pacta per scripturam specialiter inita cum dominis, vel cum his, qui postea conduxerint, legibus videlicet cognita, agentis intentionibus suffragentur.*“

Es kann die Absicht der vorliegenden Abhandlung nicht sein, diese Constitution ihrem Inhalte nach zu erklären. Nur so viel braucht bemerkt zu werden, theils daß sie von demselben Kaiser Zeno herrührt, theils daß hier der Miether aus dem Miethcontracte gewisse besondere, ungewöhnliche, von der Regel abweichende Rechte nur dadurch er-

1) c. 32. C. 4, 65. Vergl. auch fr. 13. §. 11. D. 19, 2. bei den Worten: in urbanis autem praediis caet.

langen kann und soll, wenn er sie sich besonders durch eine schriftliche Vertragsurkunde ausbedungen hat. Dann bleibt im Ganzen und im Uebrigen der Vertrag reiner Consensualcontract, reine Locatio Conductio.

Man braucht viertens in der Constitution von Zeno die Worte: „*in quo cuncta*“ bis zum Schlusse nur etwas genauer zu betrachten, um zu dem Resultate zu gelangen, daß hier zwar für gewisse Fälle, aber durchaus nicht immer und für alle Fälle Schrift als wesentliche Form angeordnet wird. Denn nur bei der Frage, wie es mit den *fortuitis casibus* gehalten werden solle, schreibt Zeno Errichtung von Urkunden vor, und auch dabei nur, wenn es nicht bei der Regel bleiben solle. Diese Regel wird aber unmittelbar an die Erlaubniß, durch schriftliche Verabredungen davon abzuweichen, angeknüpft, in den Worten: „*ita, ut si interdum* caet.“ Daß nun jene Regel, um einzutreten, keiner schriftlichen Verabredung bedarf, steht mit dürren Worten in der Constitution selbst.

Vorzüglich dient zur richtigen Interpretation jener Worte von Zeno, der Auszug aus seiner Constitution, wie er in den Institutionen vorkommt [1]). Hier wird nämlich noch bestimmter ausgesprochen, theils was die Naturalien des emphyteuticarischen Contractes sind, theils wie diese Naturalien nur durch besondere *pactiones* (die *pactiones in instrumentis* bei Zeno) abgeändert werden können.

„Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed *suis pactionibus* fulciendam. *Et, si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere,*

1) §. 3. J. 3, 25.

ac si natura talis esset contractus; sin autem nihil *de periculo rei* fuerit *pactum*, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin particularis, ad emphyteutam hujusmodi damnum venire; quo jure utimur."

II. Das bisher Ausgeführte wird noch mächtig unterstützt durch einige Constitutionen von Kaiser Justinian, welche überhaupt den besten authentischen Commentar zu dem Gesetze von Zeno abgeben. Justinian behandelt darin gewisse Streitfragen über die Emphyteusis, welche selbst nach Zeno noch geblieben waren, und entscheidet dieselben ganz in demselben Geiste und Sinne, welcher, nach der hier vertheidigten Ansicht, der Constitution von Zeno zum Grunde liegt.

Es war erstens darüber Streit entstanden, wie es mit dem Rechte des Dominus, seinen Emphyteuta, wegen Nichtentrichtung des Canons, zu expelliren gehalten werden solle. Auch diesen Streit entscheidet Justinian so, daß er eine Regel aufstellt, welche so lange und in allen Fällen zur Anwendung kommen soll, bis abweichende, besondere Verabredungen der Contrahenten darüber eine Ausnahme begründen. Dergleichen abweichende Verabredungen sollen jedoch nur in Scriptis wirksam geschehen und nur durch schriftliche Vertragsurkunden bewiesen werden können.

[1]) Imp. *Justinianus* A. Demostheni P. P.

„In emphyteuticariis contractibus sancimus, *si quidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae*, easdem et in omnibus aliis capitulis observari et de rejectione ejus, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit.

1) c. 2. C. 4, 66.

Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere, eum a praediis emphyteuticariis repellere, caet."

Ein zweiter Streitpunct zu Justinian's Zeiten betraf die Frage, ob und in wie fern der Emphyteuta ohne Consens des Dominus die Meliorationen, Emponemata, oder auch das ganze Emphyteutrecht auf Andere übertragen könne. Der Kaiser bestimmt auch hier sehr genau, was regelmäßig, da, wo keine besondere Verabredungen im emphyteuticarischen Vertrage selbst vorliegen, zur Anwendung kommen solle. Abweichende Verabredungen gestattet er demnach zwar auch hier, jedoch wieder nur in Scriptis, indem ihr Beweis nur durch eine schriftliche Vertragsurkunde geliefert werden kann. Merkwürdig ist hierbei vorzüglich die ausdrückliche Vorschrift von Justinian, daß die als Regel angegebenen Grundsätze nicht blos dann zur Anwendung kommen sollen, wenn gar nichts Schriftliches vorliegt, sondern auch sogar dann, wenn zwar Instrumenta Emphyteuseos vorhanden waren, aber verloren gegangen sind. Daraus sehen wir theils, wie streng es mit dem Prinzipe, daß nur durch Urkunden der Beweis der Abweichungen von den Naturalien geführt werden könne, gehalten werden solle, theils, wie die übrige Gültigkeit des emphyteuticarischen Contractes von der Scriptur ganz unabhängig ist.

[1]) Imperat. *Justinianus* A. Juliano P. P.

„Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae graeco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur, alienare, vel jus emphyteuticum in alium transferre, an ejus exspectare consensum: sancimus, *si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas*

1) c. 3. C. 4, 66.

pactiones habeat, eas observari. Sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est, minime licere emphyteutae, sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre."

Wichtig sind endlich noch einige spätere Constitutionen Justinian's, die Errichtung kirchlicher Emphyteusen betreffend. Darin wird zwar im Allgemeinen die Möglichkeit, Kirchengrundstücke zur wahren Emphyteusis in Perpetuum, nicht blos, wie früherhin die Beschränkung Statt fand, auf 5 Jahre, zu geben gestattet, allein mit vielen, das Wohl und die Unverletzlichkeit der Kirchengüter bezweckenden Clauseln und Modificationen. Schon deshalb war es natürlich, daß hier immer eine schriftliche Vertragsurkunde erfodert wurde. Allein Justinian blieb dabei nicht stehen, sondern es muß, ausser der schriftlichen Form, noch die Eidesform bei der Errichtung der Kirchenemphyteusen beobachtet werden. Es müssen nämlich vorher die oeconomi, oder administratores und chartularii in Gegenwart des Bischofes schwören, daß der beabsichtigte emphyteuticarische Contract der Kirche oder venerabilis Domus nicht nachtheilig sei; und diese Eidesformel muß mit in die Contractsurkunde selbst aufgenommen werden.

[1]) „Si vero non sint chartularii, ab his, qui praesunt venerabilibus domibus, propositis sanctis evangeliis, *contractum fieri in scriptis, cum jurejurando addito hujusmodi instrumentis:* quod non ad laesionem aut praescriptionem venerabilis domus contractus efficitur."

[2]) „In praedictis vero omnibus jubemus *inscribi instrumentum cum jurejurando:* quod non

1) Nov. 120. c. 5.
2) Nov. 120. c. 6.

ad laesionem aut praescriptionem earundem res agitur."

III. Zu den bisherigen Gründen kommt endlich noch eine allgemeine Bemerkung, die sich zwar nicht blos auf den emphyteuticarischen Contract beschränkt, aber doch wesentlich zur Erklärung des ganzen Verhältnisses beiträgt.

Es läßt sich nämlich, sowohl nach dem Pandektenrechte, als besonders nach dem Rechte der kaiserlichen Constitutionen, durch viele Fälle und Beispiele durchführen, daß Abweichungen von den gewöhnlichen, regelmäßigen Prinzipien und den Naturalien eines Rechtsgeschäftes, wodurch jemand ein besonderes Recht erhalten soll, was er ausserdem nicht in Anspruch nehmen könnte, sehr oft gesetzlich nur dann gestattet werden, wenn jene besondere Rechte und Abweichungen schriftlich verabredet worden sind. Die Anwendung davon auf den vorliegenden emphyteuticarischen Contract ist um so natürlicher, weil theils gerade bei der Locatio Conductio, womit der Contractus Emphyteuticarius ursprünglich so nahe verwandt war, zwei ganz ähnliche Bestimmungen sich finden [1]), theils die eine derselben eben von demselben Zeno herrührt, welchem der emphyteuticarische Contract sein Dasein verdankt.

Da aber diesem Puncte in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift eine eigene Abhandlung von mir gewidmet werden soll, so genügt es, im Voraus darauf zu verweisen, und die weitere Ausführung würde hier von dem vorgesetzten Zwecke zu weit entfernen.

§. 3.

Prüfung und Widerlegung der verschiedenen anderen Ansichten.

Die bisher entwickelte Ansicht ist schon von Jauns

1) fr. 13. §. 11. D. 19, 2. c. 32. C. 4, 65.

a Costa [1]) und einigen wenigen neueren Juristen [2]) angenommen worden, doch ohne die Gründe dafür vollständig anzugeben, und daher mag es denn auch mit kommen, daß sich fast alle unsere neueren Juristen für andere Ansichten erklärt haben, die hier wenigstens kurz, so viel es nach dem Vorhergegangenen noch nöthig erscheint, geprüft werden sollen.

1) Diejenige Ansicht, welche jetzt bei weitem die meisten Anhänger zu zählen scheint, ist die, daß, mit Ausnahme der kirchlichen Emphyteusen, der emphyteuticarische Contract niemals einer schriftlichen Errichtung bedürfe. Die Scriptur sei da, wo sie dabei vorkomme, nur zum besseren Beweise des Contracts dienlich, werde gewöhnlich angewendet, könne aber eben so gut entbehrt werden [3]). Allein die Gründe für diese Theorie lassen sich sehr leicht widerlegen.

Es soll dieselbe erstens daraus hervorgehen, weil Justinian in den Institutionen [4]) den emphyteuticarischen Contract unter den Consensualcontracten aufzähle. Allein dem steht entgegen, daß ja der emphyteuticarische Contract wirklich, in seiner regelmäßigen Gestalt, ein Consensualcontract sein kann, so wie er es auch in der That ist, und dennoch ausnahmsweise, wenn gewisse ungewöhnliche Puncte dabei verabredet werden sollen, wesentlich der Scriptur be-

---

1) Praelect. ad illustr. quosd. tit. locaque sel. jur. civ. ad L. 1. C. de jure emphyt. pag. 359 seq.

2) *G. Sam. Madihn* Diss. de vera indole agrorum vectig. cap. III. §. 6. *L. G. Madihn* ad *Mencken* de action. for. Not. 844. pag. 276. Dabelow Handb. des röm. teutsch. Privatrechts. Th. 2. §. 1301.

3) Statt der Anführung vieler Schriften verweise ich nur auf v. Glück a. a. O. S. 461. not. 42., wo eine bedeutende Anzahl Schriften für diese Meinung citirt wird. Unter den Neuern ist noch zu bemerken: *Mühlenbruch* Doctr. Pand. Vol. II. §. 409. Schweppe das röm. Priv. Recht. §. 319.

4) §. 3. J. 3, 25.

darf. Es ist ja schon oben gezeigt worden, daß so etwas gar nicht dem Wesen eines Consensualcontractes widerspricht, indem es ja namentlich auch bei der reinen Locatio Conductio vorkommt.

Ein zweiter Grund wird darin gesucht, daß weder Justinian selbst in den Institutionen, noch Theophilus in der Paraphrase der Institutionen erklären, der emphyteuticarische Contract bedürfe der Scriptur. Allein auch dieses Bedenken hebt sich sehr leicht. Denn dort wird ja überhaupt nur beiläufig, bei Gelegenheit der Locatio Conductio, des emphyteuticarischen Contractes und der Verordnung von Kaiser Zeno Erwähnung gethan. Wenn daher dort, bei der kurzen Angabe des Inhaltes von Zeno's Verordnung, nur im Allgemeinen gesagt wird, der emphyteuticarische Contract sei ein selbstständiger mit eigenthümlichen Grundsätzen, ohne Alles, was Zeno in der citirten Verordnung selbst darüber bestimmt, zu wiederholen, so ist das theils sehr natürlich, theils ist dadurch auf keinen Fall an dem von Zeno bestimmten Wesen der Emphyteusis irgend etwas geändert worden. Aber es fragt sich sogar, ob nicht in jener Institutionenstelle wirklich auf die ausnahmsweise eintretende Nothwendigkeit der Scriptur hingewiesen wird. Denn die *pactiones* [1]), welche dort erwähnt werden, entsprechen vollkommen den *pactionibus in instrumentis emphyteuticis*, oder der *pactorum conventio*, welche sowohl Zeno, als Justinian in den oben erklärten Constitutionen so oft erwähnen. Es ist also die Institutionenstelle nur ein unvollständiger, abgekürzter Auszug aus der ursprünglichen Constitution von Zeno.

Ganz dasselbe gilt drittens von dem Einwande, daß ja auch in den Basiliken [2]) die Schrift, die instrumenta

---

1) §. 3. J. 3, 25. S. ob. S. 365.

2) Tom. 2. pag. 491.

nicht erwähnt werden. Denn auch dort ist nicht blos die Verordnung von Zeno, sondern auch die von Justinian sehr abgekürzt und verstümmelt wiedergegeben; erstere wahrscheinlich nach dem Vorbilde von Theophilus.

Höchst sonderbar ist viertens folgendes Argument, was man aus einer späteren Constitution von Justinian [1]) entlehnt. Man legt nämlich ein besonderes Gewicht auf den Umstand, daß der nachherige Verlust der Contractsurkunde den Contrahenten nichts schade, wenn der Inhalt des emphyteuticarischen Contracts nur sonst bewiesen werden könne. Allein, abgesehen davon, daß die Gegner selbst zum Theil [2]) dieses Argument fahren lassen, weil jener Umstand, auch wenn er gesetzlich begründet wäre, an sich nichts gegen die anfängliche Nothwendigkeit der Scriptur beweisen würde; so steht ihm schon vollkommen entscheidend entgegen, daß der ganze Vordersatz, worauf es gebaut ist, in einem Irrthume seinen Grund hat. Denn Justinian erklärt in jener Constitution gerade umgekehrt, daß die besonderen Abweichungen von den Naturalien der Emphyteusis nur und allein durch die instrumenta emphyteuticaria bewiesen werden können, daß also es bei den Naturalien verbleibt, wenn entweder gar kein instrumentum über die Abweichungen aufgesetzt worden, oder das darüber aufgesetzte instrumentum hinterdrein verloren gegangen ist [3]). Es wird also hier bei dem emphyteuticarischen Contracte, wo er der Scriptur bedarf, strenger genommen, als bei anderen Rechtsgeschäften, welche als bloße Form der Urkundenerrichtung bedürfen. Denn gewöhnlich schadet dann der nachherige Verlust der instrumenta nicht, wenn der Inhalt des Rechts-

1) c. 3. C. 4, 66.

2) z. B. v. Glück. A. a. O. S. 461 u. 462.

3) c. 3. C. 4, 66. bei den Worten: sin autem nullo modo. S. oben S. 367.

geschäftes nur auf andere Weise bewiesen werden kann. Dagegen macht der nachherige Verlust der instrumenta emphyteuticaria denjenigen Theil des Contractes, der wahre Abweichungen von den Naturalien enthält, ganz unwirksam, weil die Scriptur nicht blos als Form vorgeschrieben, sondern, nach Bestimmung des Gesetzes, überhaupt das einzige zulässige Beweismittel ist.

2) Es fehlt auch nicht an Rechtslehrern [1]), die auf der andern Seite zu weit gehen, indem sie nicht blos in Rücksicht der zu verabredenden Abweichungen von den Naturalien, sondern unbedingt und immer für die Abschließung des Emphyteutcontractes Schrift verlangen.

Allein dieser Meinung steht wieder die ganze Fassung der Constitution von Zeno, so wie der Inhalt der beiden oben erwähnten Constitutionen von Justinian entschieden entgegen. Denn blos bei beabsichtigten Abweichungen von der regelmäßigen Natur der Emphyteusis wird die Scriptur als wesentlich genannt, und es wird ja sogar ausdrücklich angegeben, welche Grundsätze zur Anwendung kommen sollen, wenn keine schriftliche Verabredungen getroffen worden sind.

---

1) Außer den bei v. Glück a. a. D. S. 150. not. 38. angeführten gehören noch hierher von den Neuern: Seuffert Lehrb. des pract. Pand. Rechts. §. 187. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civ. R. B. II. Cap. 4. §. 113. Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts. §. 298. not. a.

XII.

In wie weit kann, nach römischem Rechte, ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator erhalten hat, sich ohne den Consens dieses seines Curators durch Verträge klagbar verpflichten?

Von Marezoll.

Vorwort.

Nach römischem Rechte konnte es allerdings, ohne daß ein bloßes Versehen daran Schuld war, vorkommen, daß ein Pubes sui juris keinen bleibenden beständigen Curator hatte. Daß er dann im Ganzen [1]) sich gerade so, wie ein Großjähriger durch Verträge verpflichten konnte, und nur durch sein besonderes Recht auf Restitutio in integrum, wenn er etwa verletzt worden, sich von dem Großjährigen unterschied, wird jetzt wohl allgemein anerkannt [2]).

Dagegen ist es eine sehr bestrittene Frage, wie weit der Minor, welcher einen beständigen Curator sich hat

1) In wie fern einzelne Beschränkungen dabei eintraten, wird sich weiter unten zeigen.

2) *Donelli* Comm. ad L. 101. D. de Verb. Oblig. *Ant. Fabri* Ration. in Pand. Tom. I. ad L. 1. §. 3. D. minor. pag. 505. J. F. von Meyer's gekrönte Preisschrift von den Unterschieden zwischen Tutel und Curatel. Frankf. 1803. §. 19. v. Glück Erläut. d. Pand. B. 4. S. 73. B. 30. S. 30.

geben lassen, ohne dessen Consens sich durch Verträge wirksam verpflichten könne. Das practische Interesse dieser Frage, namentlich bei uns, wo jeder Minor, nach Vorschrift der Reichsgesetze [1]), einen bleibenden Curator erhalten soll, liegt sehr nahe; und da der Streit durch die bisherigen Untersuchungen noch nicht als beigelegt gelten kann, indem gerade einige Hauptmomente dabei gar nicht, oder wenigstens nicht erschöpfend hervorgehoben worden sind, so genügt das wohl zur Rechtfertigung des vorliegenden Versuches, das wahre Verhältniß nochmals zu prüfen und aus den Quellen zu entwickeln. Um so mehr, weil das Resultat dieser nochmaligen Prüfung mit der jetzt fast allgemein herrschend gewordenen Ansicht durchaus nicht zusammentrifft.

Erster Abschnitt.

Prüfung und Widerlegung der gewöhnlichen Ansicht.

Die gewöhnliche Ansicht [2]) ist nämlich die, daß ein solcher Minor zwar ohne Consens seines Curators durch Verträge seine Person verpflichten könne, nicht aber sein Vermögen. Allein sie scheint eine unbefangene Prüfung nicht auszuhalten, indem vielmehr als Regel angenommen werden muß, daß der Minor auch ohne Zuziehung seines Curators durch Verträge und Rechtsgeschäfte aller Art sein Vermögen verpflichten kann, und nur ausnahmsweise, bei Abschließung gewisser Verträge und Geschäfte, an die Zustimmung seines Vormundes gebunden ist. Denn nur zu diesem Resultate führt eine consequente Interpreta-

---

1) Reichs-Polizei-Ordn. vom Jahr 1548. Tit. 31. §. 1. v. Jahr 1577. Tit. 32. §. 1.

2) Statt einer weitläuftigen Aufzählung der vielen älteren und neueren Schriften, worin diese Ansicht ausgesprochen wird, verweise ich vorläufig, der Kürze wegen, nur auf v. Glück Erl. d. Pand. B. 4. S. 76. not. 8.

tion unserer Rechtsquellen, während wir umgekehrt, bei der Vertheidigung der gewöhnlichen Ansicht, nicht blos mit den klarsten Gesetzstellen, sondern auch mit uns selbst und dem ganzen Geiste des römischen Rechtes in Widerspruch gerathen.

Fragen wir erstens nach Stellen, die sich allgemein über die Fähigkeit des Minor, sich und sein Vermögen auch ohne Curator zu verpflichten, aussprechen, so finden wir zwar eine, welche sehr bestimmt und allgemein, ohne irgend eine Beschränkung, den Satz aufstellt, daß der Minor auch ohne seinen Curator sich wirksam durch Verträge verpflichten könne; aber umgekehrt keine einzige Stelle, welche auch nur einigermaaßen allgemein den Minderjährigen für unfähig erklärt, sein Vermögen durch Verträge ohne Zuziehung des Curators zu obligiren.

[1]) *Modestinus* lib. IV. de praescriptionibus.
„Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari [2]).“

Dieses Fragment hat freilich den Vertheidigern der gewöhnlichen Meinung viele Mühe gemacht, und es hat daher auch nicht an den verschiedenartigsten Versuchen gefehlt, über den klaren, wörtlichen Inhalt desselben, daß der Minor auch aus Stipulationen, welche er ohne seinen Curator abgeschlossen, obligirt werde, hinauszukommen.

Diejenigen, welche am kecksten waren, suchten sich durch Aenderungen des Textes zu helfen. Sie schoben geschickt ein *non* hinein und erhielten so den umgekehrten Sinn:

---

1) fr. 101. D. 45, 1.

2) So, wie er hier angegeben, lautet der Text nicht blos in der Florentina, sondern auch in allen andern Manuscripten. Auch Haloander und Taurellius geben ihn so, ohne irgend eine Bemerkung von Varianten.

puberes sine curatoribus suis obligari non possunt [1]. Mit dieser Art von Critik läßt sich freilich alles zwingen, und darum bedarf sie wohl auch um so weniger einer besonderen Widerlegung, weil wir durchaus weder in den Handschriften der Pandekten, noch in den Basiliken irgend eine äussere Veranlassung zu einer solchen gewaltsamen Behandlung des Textes finden.

Weniger auffallend erscheint zwar das Auskunftsmittel, statt: *obligari* zu lesen: *obligare* [2]. Allein es ist schon mit Recht dagegen bemerkt worden [3], daß dadurch eine harte unrömische Wortfügung entsteht. Denn das Wort *obligare* in diesem Zusammenhange, so absolut, ohne Angabe einer Person, welche obligirt werden soll, ist offenbar anstößig. Auch würde Modestinus, wenn er das ausdrücken wollte, gewiß das weit gewöhnlichere und einfachere *stipulari* gebraucht haben. Es stützt sich ferner auch diese Aenderung des Textes auf keine Auctorität irgend eines Manuscriptes. Endlich ist auch kaum abzusehen, wie Modestinus es für nothwendig erachten konnte, so etwas von dem Pubes besonders und scharf hervorzuheben, da dasselbe bekanntlich auch schon von dem Impubes gilt. Es würde

---

1) So z. B. *Donellus* comm. jur. civ. L. XII. cap. 22. n. 50.

2) So z. B. *Sim. van Leuwen* in not. ad fr. 101. D. 45, 1. *Georg. Conr. Crusius* Diss. ad const. Divi Marci de curatoribus minorum. (*Fellenberg.* Jurispr. ant. Tom. II.) *Noodt* de pactis et transact. cap. 20. *Brencmanni* disp. de legum inscript. §. 20. (*Wieling* Jurispr. restit.) *Ant. Schulting* Enarr. part. pr. Dig. Lib. 2. tit. 14. §. 21. Wie übrigens Brencmann gerade aus dem Umstande, daß Modestin's Fragment aus seinem Werke de praescriptionibus entlehnt ist, ein Argument für die Lesart: *obligare* herleiten will, ist nicht wohl abzusehen. Andere, z. B. Cujacius, berufen sich ihrer Seits ebenfalls auf diesen Umstand, um die gewöhnliche Lesart zu vertheidigen.

3) *Huber* Prael. ad Inst. lib. III. tit. 20. n. 5. *Voet.* Comm. ad Lib. IV. tit. 4. §. 52.

ja das fast nothwendig zu dem falschen Schlusse führen, daß der Impubes ohne seinen Tutor durch Stipulation nicht erwerben könne.

Eben so wenig hat für sich der Vorschlag, statt: sine curatoribus *suis* zu lesen: sine curatoribus *sui* [1]). Denn abgesehen davon, daß uns auch zu dieser Textesänderung jede äussere Veranlassung und Auctorität fehlt, so erhalten wir dadurch eine höchst geschraubte Wortstellung, mit einem zweideutigen Sinne. Daher hat auch dieser ganze Vorschlag von jeher wenig Beifall gefunden.

Andere glauben, ohne Textesveränderung, durch bloße sonstige Interpretation über die Schwierigkeit hinauszukommen, schlagen aber wieder ganz verschiedene Wege dazu ein. Schon Accursius, dem Mercerius [2]) und viele Andere folgten [3]), versucht es, die Worte: *puberes sine curatoribus suis* zu erklären, durch Puberes, welche keine Curatoren haben. Allein dem widerspricht die ganze Wortfügung. Denn wie können durch die Worte *curatores sui* Curatoren bezeichnet werden, die die Puberes nicht haben [4])?

1) *Al. Arn. Pagenstecher* Aphor. Just. III. 97. Sn. Sicilim. compend. Lauterbach. Manip. IV. p. 40.

2) Opin. et Observ. Lib. I. cap. 6. (*Otto* thes. tom. II. pag. 1561.)

3) *Donellus* cit. l. und *Fachineus* Controv. jur. Lib. IV. cap. 9. bezeichnen diese Interpretationsart als die *communis opinio* der älteren Juristen, und namentlich Donellus, als die communis opinio zu seiner Zeit.

4) *Alciatus* Comm. in L. 101. D. de verb. oblig. *Cujac.* Comm. ad eand. Leg. *Fachin.* l. c. *Bronchorst* Enantioph. Cent. I. ass. 25. *Donellus* l. c. Donellus sucht jedoch auf der andern Seite diese Interpretation wieder zu halten, indem er *curatores sui* erklärt für Curatoren, die die Puberes eigentlich von Rechtswegen haben sollten, obgleich sie dergleichen factisch nicht immer hätten. Hätten sie nun wirklich Cura-

Nicht glücklicher ist der Versuch, sich so zu helfen, daß man die Worte: *sine* curatoribus suis, erklärt durch: *absentibus* curatoribus suis, um dadurch dem Satze die Wendung zu geben, die Curatoren brauchten, bei Ertheilung ihres Consenses, nicht so, wie die Tutoren bei der Auctoritatis Interpositio, in Person gegenwärtig zu sein, sondern könnten auch in ihrer Abwesenheit vom Minor abgeschlossene Geschäfte hinterdrein bestätigen [1]). Denn der Ausdruck: *sine* tutore oder curatore Geschäfte abschließen, bezeichnet in unseren Quellen [2]) immer so viel, als sine tutoris auctoritate oder sine curatoris consensu contrahiren [3]).

Wieder Andere nehmen an, Modestin spreche von dem Falle, wo der Minor zwar specielle, particulare Curatoren habe, aber keinen generellen bleibenden. Dann bedürfe er, bei Abschließung seiner Stipulationen, nicht des Consenses jener particularen, blos zu bestimmten andern Geschäften bestellter Curatoren. Allein, wie gezwungen das herauskommt und wie wenig es zu der allgemeinen Wortfassung des Fragmentes paßt, lehrt schon der Augenschein [4]).

---

toren, so könnten sie ohne dieselben nicht obligirt werden. Hätten sie aber zufällig keine, obgleich sie eigentlich welche haben sollten, so könnten sie auch ohne dieselben sich obligiren. Donellus selbst scheint zuzugeben, daß das nicht die ursprüngliche Intention von Modestin gewesen sei, glaubt aber doch in Justinian's Compilation diesen Sinn annehmen zu müssen.

1) S. z. B. *Tim. Faber* Annivers. disp. 9. *Vinnius* de pactis cap. 14 und ad Inst. lib. III. tit. 20. §. 9.

2) Z. B. fr. 7. §. 2. D. 4, 4.

3) *Heineccius* ad Vinn. c. 1. *Marckart* Interpret. rec. jur. civ. Lect. Lib. I. c. 21., welcher überhaupt sehr gründlich alle diese Textesveränderungen und anderen Versuche widerlegt.

4) *Alciat*. Comm. in L. 101. D. V. O.

Endlich [1]) wollen Viele [2]), und das scheint jetzt bei weitem die gangbarste Ansicht zu sein, die Worte Modestin's dadurch mit ihrer Ansicht in Einklang bringen, daß sie dasjenige, was dort als Prinzip für die Puberes aufgestellt wird, auf die vertragsmäßige Uebernahme solcher Verbindlichkeiten, welche blos die Person und nicht das Vermögen der Minderjährigen betreffen, beschränken. Allein, abgesehen von allen inneren Gründen, welche dieser Erklärung entscheidend entgegenstehen und erst weiter unten entwickelt werden können, läßt sie sich auch nicht ein Mal in grammatischer Beziehung, wenn wir auch blos bei dem einfachen Wortsinne stehen bleiben, rechtfertigen.

Es steht das Fragment von Modestin im Titel de Verborum Obligationibus, worin bekanntlich, bei Gelegenheit der Stipulationen, von Verträgen aller Art gehandelt wird. Es steht dort in einem solchen Zusammenhange, der auf jene willkührlich hineingelegte Beschränkung nicht im Mindesten hinweist. Es widerspricht vielmehr der Annahme einer solchen Beschränkung die ganz allgemeine Fassung der

1) Was eigentlich Cocceji für eine Erklärung unserer Stelle beabsichtigt, ist mir nicht recht klar. Er drückt sich in Jur. controv. Lib. II. tit. 14. Qu. 31. obj. 2. folgendermaßen aus: „L. 101. de V. O. loquitur de stipulatione; quae quum sit cautio quaedam et supponat debitum, s. causam aliquam praecedentem, merito quoque a minore contrahi potest, quia non deteriorem reddit conditionem, sed confirmat saltem id, ad quod jam antea jure erat obligatus."

2) J. V. *Voet* Comm. ad Pand. Lib. IV. tit. 4. §. 52. *Dompierre de Jonquieres* de rest. in integr. tit. 4. §. 44. *Stryk* de caut. contr. Sect. I. cap. 2. §. 21. A. D. Weber von der natürl. Verbindlichkeit. §. 72. *de Meyer* de eo, quod interest inter tutelam et curam aetatis. Götting. 1792. §. 19. *Brandenburg* Diss. exponens differ. jur. rom. inter pupillos et minores. Hannov. 1793. §. 26 — 32. v. Glück Erläut. der Pand. B. 4. S. 80 u. f. Endlich fast alle neuere Lehrbücher des röm. Rechts.

Worte, wonach die Puberes überhaupt, auch ohne Zuziehung ihrer Curatoren, durch Stipulationen sich verpflichten können und dürfen. Nirgends im römischen Sprachgebrauche finden wir irgend eine Spur davon, daß der Ausdruck: Stipulari und das ihm entsprechende: ex Stipulatu obligari zunächst nur Verträge, welche blos und allein die Person verpflichten, bezeichne. Im Gegentheile wird sich weiter unten zeigen, daß dergleichen Stipulationen und Verträge gar nicht ein Mal im römischen Rechte existiren, indem sie alle, ohne Ausnahme, mehr oder weniger das Vermögen betreffen, ja! sogar betreffen müssen. Betrachten wir ferner die Art und Weise, wie die Römer bei anderen Gelegenheiten und im ähnlichen Zusammenhange schlechtweg von Stipulationsverbindlichkeiten reden, so ergiebt sich daraus, daß dann gerade das Vermögen betreffende Stipulationen nothwendig gemeint sein müssen. Unter den vielen Beispielen dieser Art hebe ich hier nur ein einziges darum besonders hervor, weil dieses recht genau mit dem hier in Frage stehenden Verhältnisse zusammenhängt. Bekanntlich hatte die Lex Plätoria, um den betrügerischen Vermögensverkürzungen der Minores vorzubeugen, ihnen das Uebernehmen von Stipulationsverbindlichkeiten verboten, oder wenigstens erschwert. Dafür wird schlechtweg der Ausdruck: Stipulari [1]) gebraucht, obgleich es wohl keines weiteren Beweises bedarf, daß gerade Vermögensverkürzungen für die Minores dadurch verhütet werden sollten, und also das Verbot der Stipulationen auch gewiß zunächst das

---

1) „Lex Plaetoria, quae vetat minorem annis XXV. stipulari.“ Priscian. Lib. VIII. ed. Putsche. pag. 794. Es bedarf übrigens wohl kaum der Bemerkung, daß hier das Wort Stipulari in dem uneigentlichen, aber doch nicht ganz ungewöhnlichen Sinne, für ex Stipulatu obligari gebraucht ist; wie z. B. in fr. ult. fin. D. 26, 7. fr. 26. §. 13. D. 12, 6. *Hetzer* ad Legem Laetor. §. 10. not. d et e.

Vermögen verpflichtende Stipulationen im Auge hatte. Warum soll nun gerade hier, in Modestin's Fragmente, wo den Minderjährigen, nach längst aufgehobener Lex Plätoria, das Uebernehmen von Stipulationen ohne weiteren Zusatz gestattet wird, unter Stipulation umgekehrt nur eine solche, welche blos die Person und gar nicht auch das Vermögen verpflichtet, gemeint sein [1]?

Man hat nun zwar ein besonderes Gewicht darauf gelegt, daß es in Modestin's Fragmente nicht heiße: *obligantur*, sondern nur *obligari possunt*. Es sage also Modestin weiter nichts, als: es gäbe gewisse Fälle, in denen der Minor ohne Consens seines Curators sich durch Stipulation verpflichten könne. Das seien nun aber eben diejenigen Verträge, wodurch blos die Person und nicht auch das Vermögen verpflichtet werde [2]. Allein wie gezwungen diese Erklärung sei, und wie sie nur in der höchsten Noth, um auf irgend eine Weise das im Wege stehende Prinzip zu beseitigen, habe zu Hülfe gerufen werden können, springt in die Augen. Denn in wie vielen ähnlichen Stellen werden die Worte: *obligari posse* ganz gleichbedeutend mit *obligari* [3]) gebraucht, ohne im Mindesten eine Beschränkung anzudeuten! Unter den vielen Stellen soll hier

1) v. Meyer in der oben citirten Schrift von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel S. 65. scheint selber das Unnatürliche einer solchen Erklärung zu fühlen. Er bemerkt nämlich, die Lex Plätoria spreche blos *de stipulatu super bonis*, während Modestin im fr. 101. D. 45, 1. blos von Verbindlichkeiten persönlicher Leistungen rede. Er erwähnt dieses blos, als eine antiquarische Schwierigkeit, ohne sich weiter um ihre Lösung zu bekümmern. Aber es ist dies wohl mehr, und verdiente daher eine genauere Erörterung.

2) *Voet.* l. c. *Robertus* Animadv. jur. lib. I. cap. 12. Weber A. a. O. v. Glück A. a. O.

3) Eben so *obligari non posse* für *non obligari*. Z. B. in §. 6. J. 3, 19.

nur eine hervorgehoben werden, weil sie auch in anderer Beziehung hierher gehört, indem sie überhaupt dasselbe Prinzip, was Modestin aufgestellt hat, in einem anderen Zusammenhange wiederholt, und darum als eine gewichtige Bestätigung des bisher Ausgeführten gelten kann.

[1]) *Paulus* lib. LXXII. ad Edict.

„Obligari potest paterfamilias, suae potestatis, pubes, compos mentis. Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. Servus autem ex contractu non obligatur."

Hier kann es doch wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Anfangsworte *obligari potest* gerade so viel sagen wollen, als: *obligatur*. Das beweisen die beiden nachfolgenden Gegensätze vom Pupillus und Servus: *non obligatur*.

Ueberhaupt ist diese Stelle für uns höchst wichtig. Paulus will offenbar hier die Regel aufstellen, wer ganz frei, wer gar nicht und wer nur unter Beistand seines Vormundes sich durch Verträge civiliter verpflichten könne. Während er nun ausdrücklich bemerkt, daß der Servus und Furiosus sich gar nicht, der Unmündige aber wenigstens nicht ohne Tutor sich verpflichten könne, spricht er umgekehrt, in Beziehung auf den Pubes, gerade dasselbe Prinzip aus, wie Modestin, daß nämlich der Minor, wenn er nur mentis compos sei, sich ganz frei, auch ohne seinen Curator obligiren könne. Denn hier, wo Paulus ausdrücklich vom Impubes bemerkt, daß er ohne Tutor sich nicht verpflichten könne, hätte er doch, wenn auch der Pubes an den Consens gebunden wäre, dieses erwähnen müssen. Nun hat man zwar dagegen die Einwendung gemacht, Paulus spreche nur von einem Pubes, welcher keinen bleibenden Curator habe, und drücke dieses aus durch den Beisatz: *suae potestatis*,

1) fr. 43. D. 44, 7.

Allein das ist eine höchst willkührliche Annahme, die sich durch nichts rechtfertigt, sondern sogar in sich und in der Stelle selbst ihre Widerlegung findet [1]). Denn, wäre überhaupt der Satz wahr, daß der Minor, welcher einen Curator erhalten, sich ohne dessen Consens für sein Vermögen gar nicht verpflichten könne, so hätte hier, wo es darauf ankam, zu bestimmen, wer sich frei und allein für sich, wer dagegen sich nur mit Zuziehung eines Vormundes verpflichten könne, Paulus, selbst wenn er zunächst an einen Minor ohne Curator gedacht hätte, nothwendig auch des anderen Falles, wenn der Minor unter einem Curator steht, gedenken müssen, um daran die Beschränkung zu knüpfen, daß ein solcher Minor ohne Consens seines Curators durch seine Verträge eben so wenig obligirt werde, als der Pupill ohne seinen Tutor; um so nothwendiger, da sicher, wie sich weiter unten zeigen wird, der Fall, daß ein Minor sich ohne Curator befand, auch nach römischem Rechte, zu den selteneren Ausnahmen gehörte, und da die Erwähnung des Tutors bei dem Impubes so dringend an den Curator des Pubes erinneren mußte. Allein es ist auch gar kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß Paulus an einen solchen Ausnahmsfall, an einen Minor ohne Curator, gedacht habe. Denn der Beisatz: *suae potestatis* [2]) kann und soll durchaus nicht auf das Verhältniß der Freiheit vom Curator hinweisen, sondern etwas ganz anderes andeuten, nämlich das Dasein des Status Libertatis. Schon an sich würde der Ausdruck: paterfamilias *suae potestatis*, zur Bezeichnung des Verhältnisses der Freiheit vom Curator sehr unpassend

1) *Marckart* l. c. cap. 21.

2) Es wird übrigens sogar darüber gestritten, ob die Worte: *suae potestatis* nicht ein Glossem seyen. Namentlich behaupten das *Cujacius* Observ. Lib. XIX. Obs. 33. und *Wissenbach* ad Inst. Disp. VII. §. 1. Aber wohl mit Recht erklärt sich für die Aechtheit jener Worte *Merillius* Variant. III. cap. 21.

gewählt sein, da es den Römern nie eingefallen ist, das Aufsichtsrecht des Curators über das Vermögen des Minor [1]) eine Potestas zu nennen, oder auch nur damit zu vergleichen. Wenn ferner die Worte suae potestatis zur genaueren Bezeichnung des Pubes, als solchen, der trotz der Minor Aetas keinen Curator habe, dienen sollten, so hätten sie ja nicht, wie das doch der Fall ist, schon hinter: *paterfamilias*, sondern erst hinter: *pubes* stehen müssen. Es sollen vielmehr jene Worte nur andeuten, daß von einem freien Menschen, keinem Servus, die Rede sei. Das läßt sich auch auf das bestimmteste nachweisen! Denn daß Paulus die Freiheit von irgend einer Potestas im Sinne hatte, liegt schon in dem Ausdrucke selbst. Die Patria Potestas konnte er aber nicht meinen, weil diese schon vollkommen ausgeschlossen wurde durch das vorausgehende *paterfamilias*. So bleibt also nur die Dominica Potestas übrig, die Paulus aber auch in der That sogar nothwendig ausschließend erwähnen mußte, weil er am Schlusse des Fragmentes, so wie im Gegensatze des Pubes den Pupillus, eben so im Gegensatze des suä Potestatis den Servus nennt. Der ganze mit *autem* eingeleitete Nachsatz: „servus *autem* ex contractibus non obligatur" würde gar nicht passen, wenn nicht vorher der Freiheit ausdrücklich Erwähnung geschehen wäre. Dagegen läßt sich auch nicht mit Grund einwenden, daß der Status Libertatis schon von selbst im Begriffe des Paterfamilias liege. Denn theils deutet dieser Ausdruck zunächst doch nur die Freiheit von der Patria Potestas an, theils läßt sich aus anderen Stellen auf das bestimmteste nachweisen, daß die römischen Juristen auch neben dem Begriffe des Paterfamilias nicht selten die

---

1) Daß die Tutela zuweilen eine Potestas genannt wird, ist etwas ganz Anderes; obgleich bekanntlich auch da der Ausdruck nur ein uneigentlicher ist.

Freiheit desselben von Sklaverei andeuten zu müssen, für nöthig hielten. Ich will zu diesem Zwecke besonders auf ein Fragment von Ulpian verweisen, was überhaupt auch in anderer Beziehung, viel zur richtigen Interpretation von unserer Stelle beiträgt, und worauf ich weiter unten noch mehr Gewicht legen werde.

[1]) *Ulpianus* libr. I. Disputat.

„Voto autem patresfamiliarum obligantur, puberes, sui juris. Filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur."

Hier sieht man recht deutlich aus dem ganzen Zusammenhange, daß die genauere Bezeichnung des Paterfamilias durch den Zusatz: sui Juris, gerade so, wie im Fragmente von Paulus, der Zusatz: suâ Potestatis lediglich auf das Dasein des Status Libertatis hinweisen soll. Denn auch hier ist im Nach- und Gegensatze vom Servus die Rede.

So haben wir denn jetzt die Regel aufgefunden, daß der Minor auch ohne Zuziehung und Consens seines Curators sich durch Verträge verpflichten könne. Daß diese Regel Ausnahmen leidet, ist wahr. Aber nirgends finden wir in den Rechtsquellen eine Spur von der behaupteten allgemeinen Ausnahme, daß der Minor durch Verträge sein Vermögen nicht verpflichten könne. Dennoch können und dürfen wir, bei der allgemeinen Fassung der oben erklärten Fragmente von Modestinus und Paulus, eine solche bedeutende Ausnahme nicht annehmen, wenn wir nicht durch die bestimmtesten Stellen dazu befugt und genöthigt werden. Um so mehr, da, selbst wenn man die Existenz von Vertragsverbindlichkeiten, welche blos die Person treffen, als erwiesen annehmen will, jedenfalls durch die Beschränkung derselben auf solche Verbindlichkeiten, die von den römischen

1) fr. 2. §. 1. D. 50, 12.

Juristen aufgestellte Regel in eine bloße Ausnahme verwandelt werden würde. Geht man vollends von dem weiter unten zu beweisenden Satze aus, daß Vertragsverbindlichkeiten der angegebenen Art im römischen Rechte gar nicht existiren, so würde ja durch jene behauptete Beschränkung die Regel ganz aufgehoben werden.

Nun beruft man sich freilich, um den Satz, auf den hier alles ankommt, daß der Minor ohne Curator sein Vermögen nicht durch Vertrag verpflichten könne, auf ein Rescript von Kaiser Diocletian und Maximian, welches so lautet [1]):

> Impp. *Dioclet.* et *Maxim.* A. A. et CC. Attiano.
> „Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet; cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore, curatore dato, bonis interdictum est. Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis.“

Daraus entlehnt man einen doppelten Grund für den zu beweisenden Satz, daß der Minor ohne Curator sein Vermögen durch Vertrag nicht verpflichten könne, indem theils seine ohne Curator vorgenommene Veräusserungen für unwirksam erklärt werden, theils ausdrücklich ausgesprochen werde, daß der Minor überhaupt dem gerichtlich erklärten Verschwender gleich stehe. Allein keiner dieser Gründe ist ausreichend, indem das Rescript weiter nichts ausspricht, als den einfachen Satz, daß der Minor, welcher einen Curator hat, seine Sachen nicht frei verkaufen, keine eigentlichen Veräusserungen im engeren Sinne vornehmen

1) c. 3. C. 2, 22.

kann, daß der von ihm vorgenommene Verkauf ganz ungültig sei, er also in dieser Beziehung dem Prodigus gleich stehe.

Darin liegt denn freilich eine wichtige Modification der oben aufgestellten Regel, daß der Minor frei auch ohne seinen Curator verpflichtende Verträge abschließen könne; allein nur die specielle Beschränkung, daß der Minor nichts verkaufen, im eigentlichen engeren Sinne veräussern darf [1]). Denn daß hier zunächst blos vom *vendere* die Rede ist, beweisen die Worte des Rescriptes selbst. Daß ferner der Begriff des *vendere* und *tradere* weit specieller ist, als der des *promittendo obligari* überhaupt, liegt theils in der Natur der Sache, und wird theils auch in klaren Stellen anerkannt, wo das *vendere* und *tradere* neben dem allgemeinen *promittendo obligari* noch besonders hervorgehoben wird [2]). Daß endlich die Fähigkeit zu Alienationen im engeren Sinne oft weit beschränkter ist, als die Fähigkeit sich und sein Vermögen überhaupt sonst durch Verträge zu verpflichten, ist ebenfalls bekannt, und die Gründe davon werden weiter unten, gerade im Verhältnisse zu dem Minor, noch genauer ausgeführt werden. Daher ist es sicher ein willkührlicher Schluß, den Donellus [3]) macht, wenn er behauptet, der Minor könne ohne Curator darum nicht verkaufen, weil er sich überhaupt nicht verpflichten könne [4]).

---

1) *Cujacius* Comm. ad L. 101. de verb. oblig. Observ. lib. XIX. cap. 33. *Zach. Huber* Dissert. jurid. Diss. 5. cap. 1. Observ. rer. jud. P. I. c. 30. *Marckart* c. l. cap. 22. *Heinecc.* ad Vinn. c. l. Zimmern Gesch. des röm. Priv. R. B. I. Abth. 2. S. 928. §. 246.

2) L. 6. fr. 6. D. 45, 1. „Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari."

3) cit. loco.

4) Eben so sonderbar, oder noch wunderlicher ist folgende Argumentation bei *Donellus* c. l. Es könne gar nicht gesagt werden,

Wäre das letztere schon erwiesen, so wäre allerdings der Schluß richtig. Wenn aber erst untersucht und ausgemittelt werden soll, ob der Minor ohne Curator sich überhaupt zu obligiren fähig sei, so kann von dem Umstande, daß ihm nach den Gesetzen speciell das Verkaufen ohne Curator untersagt wird, natürlich nicht auf das allgemeine Verbot aller anderer obligatorischer Verträge geschlossen werden. Denn das Eine ist ja sehr wohl ohne das Andere denkbar.

Eben so wenig entscheidet das von der Vergleichung des Minor mit dem Prodigus entlehnte Argument [1]). Denn, wenn gleich es richtig ist, daß der Prodigus sich überhaupt durch Verträge nicht verpflichten kann [2]), so beweißt das doch darum nichts, weil ja in dem Rescripte nur vom Vendere die Rede ist und die ganze Vergleichung sich also auch nur auf das Vendere beziehen soll und kann. Es ist ja eine sehr häufige Erscheinung in unseren Rechtsquellen, daß Rechtsverhältnisse, die in vielen Punkten wesentlich von einander verschieden sind, dennoch wegen einer speciellen Aehnlichkeit in irgend einem einzelnen Puncte, oder in mehreren Punten, mit einander verglichen werden. Unter den

---

daß hier blos von Alienationen die Rede sei. Denn nicht die Tradition, sondern die Vendition, die ohne Curator geschehen, werde für nichtig erklärt, und durch bloße Verträge, ohne Tradition, gehe ja kein Eigenthum über. Als ob nicht denjenigen Personen, denen die Alienation untersagt ist, auch das Vendere untersagt werden müsse! Denn wer nicht tradiren darf, der kann auch nicht gültig verkaufen, weil ja die Traditionsverbindlichkeit die natürliche nothwendige Folge der gültig geschehenen Venditio ist. *Cujac.* Observ. I. 1.

1) Darauf legt man ein ganz besonderes Gewicht; namentlich Weber a. a. O. und von Meyer a. a. O. S. 63. not. 65. v. Grolman und v. Löhr Mag. B. 3. Heft 1. S. 33 u. 34. v. Glück Erl. d. Pand. B. 20. S. 12. not. 24. B. 30. S. 471.

2) fr. 6. D. 45, 1.

vielen Beispielen dieser Art hebe ich nur hervor die häufige Vergleichung der Mortis causa Donatio mit dem Legate, nach dem Pandektenrechte [1]), während es gar nicht zu verkennen ist, daß damals die Vergleichung sich nur auf einzelne Puncte bezog, ohne je allgemein zu werden [2]); ja! es sogar noch im Justinianeischen Rechte sehr zweifelhaft bleibt, ob die Mortis causa Donatio ganz dem Legate gleichgestellt ist [3]), obgleich Justinian sich bei ihrer Vergleichung noch allgemeiner ausdrückt [4]). Dahin gehört ferner die gerade uns hier so nahe liegende häufige Gleichstellung des Prodigus mit dem Furiosus [5]). Allerdings wird in einzelnen Puncten der Prodigus wie ein Furiosus behandelt; aber bekanntlich gelten in vielen anderen Puncten juristisch ganz andere Grundsätze über den Prodigus, als über den Furiosus. Er kann z. B. allein für sich erwerben, sich durch unerlaubte Handlungen verpflichten u. s. w. Auf dieselbe Weise verhält es sich hier mit der Gleichstellung des Prodigus und des Minor. Sie bezieht sich lediglich auf die Unfähigkeit beider, ohne den Curator zu verkaufen. Allein, daß im Uebrigen zwischen dem Minor und Prodigus wesentliche Verschiedenheiten Statt finden, das kann doch wohl im Ernste nicht bezweifelt werden. Kann nicht der Minor testiren, während dem Prodigus dieses untersagt ist [6])? Wird je der Minor

---

1) Z. B. fr. 5. §. 17. D. 34, 9. fr. 20. D. 37, 5. fr. 1. §. 1. D. 38, 5. fr. 15. 17. 37. pr. D. 39, 6.

2) Unwiderleglich scheint mir dieses bewiesen durch v. Schröter Ueber die Mortis causa Donatio. In dieser Zeitschrift. B. 2. H. 1. nr. 4. S. 112 u. f.

3) Ich verweise auch hier nur auf die treffliche Abhandlung von v. Schröter.

4) §. 1. J. 2, 7. c. ult. C. 8, 57.

5) fr. 1. D. 27, 10. fr. 40. D. 50, 17.

6) fr. 18. pr. D. 28, 1. §. 2. J. 2, 12.

so, wie der Prodigus [1]), in seinen Rechtsverhältnissen dem Furiosus gleichgestellt? Wird je vom Minor gesagt, was vom Prodigus gesagt ist [2]), er habe *nullam voluntatem*, oder es sei ihm das Commercium untersagt [3])? Wird nicht vielmehr ausdrücklich vom Prodigus allgemein gesagt: tradere non potest, *vel promittendo obligari* [4]), während es umgekehrt in demselben Titel von dem Minor heißt: er könne *sine curatore suo ex stipulatu obligari*? Daher verwickeln sich auch diejenigen, welche auf jenes von der Vergleichung des Minor mit dem Prodigus entlehnte Argument viel bauen, zum Theil selber in die offenbarsten Widersprüche [5]).

Demnach steht wohl fest, daß wir keine gesetzliche Vorschrift haben, welche entweder allgemein den Minor für unfähig erklärt, sein Vermögen ohne Zuziehung des Curators durch Verträge zu obligiren, oder die von Modestin allgemein ausgesprochene Fähigkeit des Minor, sich ohne Curator zu verpflichten, allgemein auf solche Verträge be-

1) fr. 40. D. 50, 17. fr. 1. D. 27, 10.

2) fr. 40. D. 50, 17. *Paul.* sent. Rec. lib. III. tit. 4. §. 7. In der solennen Interdictionsformel heißt es ausdrücklich: ob eam rem tibi ea re *commercioque* interdico.

3) Im fr. 24. §. 1. D. 4, 4. wird ausdrücklich bemerkt, dem Minor solle und dürfe nicht das Commercium untersagt werden.

4) fr. 6. D. 45, 1.

5) So namentlich Weber a. a. O. Denn, während er S. 289. sagt: „Da der unter Vormundschaft stehende Minderjährige dem gleich geschätzt wird, cui a praetore, curatore dato, bonis interdictum est, so ist die Sache (nämlich, daß der Minor ohne Curator sein Vermögen nicht obligiren kann) über allen Zweifel weg.“ so bemerkt er selber S. 294. not. 12. a. E.: „daß jene dem Minderjährigen nicht schmeichelhafte Vergleichung nur als Grund cit. L. 3. C. de l. l. rest. min. auf den eigentlichen Gegenstand dieser Verordnung, nämlich auf die Fälle eigentlicher Veräußerungen einzuschränken“ ꝛc.

schränkt, wodurch nur die Person des Minor obligirt werden soll.

Wenden wir uns zweitens zu der Frage, ob die gewöhnliche Ansicht in bestimmten Stellen, worin das angebliche Prinzip auf einzelne Vertragsarten angewendet wird, eine Stütze findet, so erscheint ihr auch das Resultat dieser Untersuchung nicht günstig. Denn auf der einen Seite gibt es zwar Stellen, worin die Fähigkeit des Pubes, ohne den Curator sein Vermögen durch bestimmte Verträge und andere Rechtsgeschäfte zu obligiren, anerkannt wird; allein das sind zum Theil solche obligatorische Geschäfte, von denen auch nicht ein Mal diejenigen, welche das Dasein von Verträgen, die blos die Person betreffen, annehmen, zu leugnen im Stande sind, daß sie auch zugleich das Vermögen des Contrahenten verpflichten. Es können übrigens diese Stellen erst weiter unten im zweiten Abschnitte, bei genauerer Begründung der hier zu vertheidigenden richtigen Ansicht, ihre specielle Erörterung finden; indem nur dadurch mancherlei Wiederholungen vermieden werden können. Auf der anderen Seite finden sich zwar allerdings auch Stellen, nach welchen der Minor, bei Abschließung gewisser bestimmter Verträge und Rechtsgeschäfte, an den Consens seines Curators mehr oder weniger gebunden erscheint. Allein das sind eben, wie sich weiter unten zeigen wird, bloße besondere Ausnahmen von der Regel, wodurch jene Regel nur modificirt und gerade dadurch noch mehr befestigt wird.

Prüfen wir endlich drittens die gewöhnliche Ansicht von einer anderen Seite, so ergeben sich sogar wichtige innere Gründe gegen ihre Wahrheit. Es soll nämlich dabei scharf unterschieden werden zwischen zweierlei Arten von obligatorischen Verträgen, zwischen solchen, welche das Vermögen, und solchen, welche blos die Person des Contrahenten verpflichten. Allein kennt denn wirklich das römische Recht eine solche Unterscheidung, liegt sie im Geiste

desselben, und ist sie überhaupt mit den übrigen, im römischen Obligationenrecht ausgesprochenen Grundsätzen vereinbarlich? Das sind Fragen, welche wohl nur verneinend beantwortet werden können.

Obgleich die Römer die Obligationen ihrem Inhalte nach mannichfach eintheilen, so finden wir doch nirgends eine Spur von derjenigen Eintheilung, worauf die hier bestrittene gewöhnliche Theorie gebaut ist [1]; was um so auffallender wäre, wenn so viel davon abhängen und die Eintheilung so practische Folgen haben sollte.

Man könnte nun zwar entgegnen, daß, wenn auch die Römer diese Eintheilung nicht so scharf im Begriffe hervorhoben, sie dennoch in der Natur der Sache begründet liege, und dahin

1) die Obligationes in faciendo zählen [2]). Allerdings kennt und erwähnt auch das römische Recht mehrfach eine Eintheilung der Stipulationen, je nachdem eine Res oder ein Factum ihren Gegenstand bilden.

> [3]) Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta.

Allein eine Stipulation, die ihrem Gegenstande nach auf ein Factum gerichtet ist, kann durchaus nicht als gleich-

---

1) Denn daß in dem Satze: *tutor personae, curator rei datur*, worauf sich lange Zeit dabei die Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht beriefen, kein Beweis liegt, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung; besonders, seitdem in der neueren Zeit der wahre Sinn dieses Satzes in dem römischen Rechte nachgewiesen und allgemein anerkannt worden ist. v. Grolman und v. Löhr Mag. B. 3. Heft 1. nr. I. v. Savigny vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgeb. §. 7. S. 102 u. f. Zimmern Rechtsgesch. B. I. §. 232. S. 865 u. f.

2) Darauf kommt, wenigstens der Sache nach, die gewöhnliche Ansicht heraus. S. z. B. *de Meyer* c. l. §. 20. v. Glück a. a. O. S. 74.

3) §. 7. J. 3, 15.

bedeutend genommen werden mit einer Stipulation, wodurch der Versprechende blos allein seine Person und gar nicht sein Vermögen verpflichtet. Im Gegentheil wird uns ja vielfach im römischen Rechte gesagt, was auch schon in der Natur des Verhältnisses liegt [1]), daß auch diejenigen Obligationen, die auf ein Factum gerichtet sind, das Vermögen des Obligirten treffen. Abgesehen davon, daß nicht selten das Facere direct auf Weggeben einer Sache gerichtet ist [2]), so bildet doch jedenfalls indirect dabei etwas Pecuniäres den eigentlichen Gegenstand der Leistung. Denn, wenn es durch irgend eine Schuld des Verpflichteten nicht zur wirklichen Leistung des Facti kommt, so ist das Interesse zu leisten; und dann ist ja offenbar eine Vermögensverpflichtung vorhanden. Das geht so weit, daß nach der Litis-Contestation der Debitor sich nur durch Leistung des Interesses von der übernommenen Obligation befreien kann [3]). Daher sagen uns die römischen Juristen auch ausdrücklich, daß bei der Obligatio ad faciendum eigentlich der Geldeswerth, das pecuniäre Interesse des Berechtigten dabei den Gegenstand der Obligatio bilde; in stipulationem faciendi venit id quod interest [4]). Daher ferner wird angerathen, wenn

1) Daher leidet es auch keinen Zweifel, und wird allgemein anerkannt, daß die Obligationes in Faciendo, zugleich und in Verbindung mit den übrigen Obligationen, zu dem Patrimonium, zu den Bonis gehören, welche nach des Creditors Tode auf seine Erben übergehen.

2) Z. B. in fr. 72. pr. fr. 114. D. 45, 1. Bekanntlich ist der Verkäufer auch zu einem Facere verpflichtet, indem das Tradere mit zum Facere gehört. fr. 1. pr. fr. 3. §. 3 u. 4. fr. 11. §. 9. fr. 12. D. 19, 1. c. 17. C. 4, 21. c. 4 u. 10. C. 4, 49.

3) fr. 84. D. 45, 1.

4) Z. B. fr. 3. D. 2, 5. fr. 68. fr. 72 pr. fr. 75. §. 7. fr. 81. fr. 114. D. 45, 1. fr. 11. D. 42, 1. §. 7. J. 3, 16. und viele andere Stellen.

man sich ein Facere versprechen läßt, gleich eine Pöna hinzuzufügen, damit man, wenn das Factum nicht geleistet wird, gleich weiß, wie hoch das Interesse sich beläuft, und es in dieser Beziehung für den Creditor keines weiteren Beweises bedarf.

[1]) Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut, si stipulemur, aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere, *ne quantitas stipulationis in incerto sit, et necesse sit actori probare, quid ejus intersit.*"

Daher endlich werden die Stipulationes in Faciendo zu den gewissermaaßen theilbaren Obligationen gezählt, weil, wenn auch nicht das Factum selbst, doch das Id quod interest, der Geldeswerth theilbar ist.

[2]) *Ulpianus* lib. XX. ad Edict.
„Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris actus, aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas vel aliquid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere; ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem."

Wer kann danach noch bezweifeln, daß derjenige, welcher

1) §. 7. J. 3, 16.

2) fr. 72. pr. D. 45, 1.

seine Dienste vermiethet, oder ein Mandat übernimmt, [lauter Verträge, welche gerade die Vertheidiger der gewöhnlichen Meinung nennen, als Beispiele von Verträgen, wodurch nur die Person verpflichtet werde, und nicht das Vermögen [1])] auch bedeutende Vermögensverpflichtungen übernimmt? Die Gegner verwickeln sich auch, indem sie das fühlen und umgehen wollen, in eine Menge von Widersprüchen und Inconsequenzen. Von Meyer [2]) z. B., welcher sich am weitläufigsten darüber verbreitet, geht in dieser Beziehung eine Menge auf ein Facere gerichteter Verträge durch, und bemüht sich bei jedem die Grenzlinie anzugeben, wie weit daraus der Minor verpflichtet werde, wenn er sie ohne Curator abgeschlossen. Allein er gelangt dabei zu den sonderbarsten, dem ganzen Geiste des römischen Obligationen- und Vertragsrechtes völlig widersprechenden Resultaten. Der Minor soll z. B. danach, eben weil er blos seine Person, aber nicht sein Vermögen verpflichten konnte, bei diesen Verträgen nur für eine geringere Culpa haften, als andere Personen, er soll nur Dolus und Lata Culpa prästiren, wo Andere jede Culpa prästiren müssen. Allein von einer solchen Theorie [3]) findet sich ja im römischen Rechte auch nicht die geringste Spur. Es trägt vielmehr diese ganze willkührliche Grenzbestimmung schon in sich selbst ihre Widerlegung. Denn, selbst wenn wir den Minor aus dergleichen Contracten nur eine geringere Culpa prästiren

---

1) *de Meyer* cit. l. v. Glück a. a. O.

2) Besonders in seiner deutsch bearbeiteten Schrift: über den Unterschied zwischen Tutel und Curatel. S. 66 u. f., wo er zum Theil noch tiefer in das Verhältniß einzugehen sich bemüht, als in der lateinischen Schrift.

3) Es ist hier nämlich nicht die Rede von dem anderen ganz verschiedenen Satze, daß zuweilen wegen seiner Jugend, dem Minor etwas nicht zur Culpa imputirt werden kann, was einem Major zuzurechnen wäre.

lassen, so soll er ja doch in Gemäßheit des Vertrages eine Culpa prästiren und folglich, indem er sie prästirt, von seinem Vermögen etwas hergeben. Von Meyer will diese Inconsequenz dadurch ausgleichen, daß er die grobe Culpa, welche der Minor zu prästiren habe, als ein besonderes Privatdelict darstellt [1]). Allein das ist nur eine künstliche Wendung und willkührliche Terminologie, wodurch das wahre Sachverhältniß nicht geändert wird. Denn immer bleibt es doch für den Minor eine Obligatio zunächst aus dem Vertrage, und wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, so würde er auch nicht ein Mal für diese Culpa zu haften haben.

Wollen die Gegner daher consequent bleiben, so dürfen sie den Minor aus jenen Verträgen niemals zur Leistung des Interesses für verpflichtet erachten, sondern immer nur blos zur Vornahme des Facti selbst. Allein da es gewöhnlich nur von dem Betragen und der Willkühr des Debitors abhängt, ob er das bestimmte Factum überhaupt oder ordentlich vornehmen will, indem ein absoluter Zwang zur Vornahme des Facti in den meisten Fällen schon an sich unmöglich ist: so würde nach dieser Theorie es lediglich der Willkühr und dem eigenen Belieben des Minor anheim gestellt bleiben, ob er seiner vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit nachkommen, oder durch Verweigerung, Verzögerung, Unmöglichmachung des Facti sich aller Verbindlichkeit aus dem Vertrage entziehen, dieselbe in nichts auflösen wolle. Das widerspricht jedoch schon dem allgemeinen Begriffe einer Obligatio, wobei es niemals blos der Willkühr und dem Belieben des Debitors überlassen bleiben kann, ob er überhaupt etwas leisten wolle. Auf keinen Fall hat Modestinus im oben erklärten Fragmente solche Vertragsobligationen im Sinne haben können, wenn er sagt:

---

1) v. Meyer a. a. O. besonders S. 68.

puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu [1] *obligari.*

Es bleibt daher wohl kein Ausweg übrig. Entweder müssen wir annehmen, daß der Minor aus dergleichen Verträgen gar nicht verpflichtet werde, oder wir müssen ihn, wenn wir seine Verpflichtung daraus anerkennen, dabei behandeln, wie es die regelmäßige Natur einer jeden dieser Vertragsarten mit sich bringt. Nehmen wir das Erstere an, so können die auf ein Facere gerichteten Verträge von den Gegnern gar nicht als Beispiele von Verträgen, welche der Minor ohne Curator abschließen darf, angeführt werden. Nehmen wir das Letztere an, so gehören offenbar dergleichen Verträge nicht zu solchen, wodurch blos die Person und nicht auch zugleich das Vermögen verpflichtet wird.

Man könnte nun aber auch vielleicht

2) unter den Verträgen, welche allein der Minor ohne Curator abschließen darf und wodurch blos seine Person verpflichtet wird, das Verlöbniß und die Ehe verstehen. Wirklich scheint das auch die Idee von vielen Vertheidigern der gewöhnlichen Meinung zu sein, indem sie zum Theil blos Ehe und Sponsalien als Verträge dieser Art aufführen, zum Theil wenigstens vorzugsweise sie als Beispiele nennen [2].

---

1) Ich will übrigens weiter kein Gewicht darauf legen, daß die wichtigsten und gewöhnlichsten Verträge auf ein Facere, welche Modestinus allein im Sinne haben soll, und welche die Gegner als Beispiele anführen, z. B. Locatio Conductio Operarum, Mandatum, Societas, Consensualcontracte sind, während Modestin von Stipulationen redet.

2) *Voet* l. c. Weber a. a. O. Viele scheinen übrigens, nach der unbestimmten Art ihrer Darstellung, gar nicht recht mit sich selber einig zu sein, wie weit sie dabei gehen, und ob sie bei diesen zwei Fällen stehen bleiben, oder noch weiter gehen sollen.

So wahr nun aber auch der Satz ist, daß der Minor ohne seinen Curator sich verloben und heirathen kann [1]), so wird doch dadurch die gewöhnliche Ansicht nicht gerettet. Denn sicher dachte **Modestinus**, als er erklärte: puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari, nicht an Verlöbnisse und Ehe, weil beide keine **obligirenden Stipulationscontracte** sind.

Was zuvörderst die Ehe betrifft, so pflegt man sie zwar heut zu Tage einen **Vertrag** zu nennen, weil dazu Einwilligung beider Personen, die heirathen, erfordert wird. Allein die Römer wenden den Contractsbegriff niemals auf die Ehe an, brauchen den Namen Vertrag dabei nicht; und zwar mit Recht, weil ihr in der That das Characteristische eines Vertrags mangelt. Denn es liegt ihr weder ein eigentlicher Gegenstand des Verkehres zum Grunde, noch erzeugt sie ein wahres **Obligationsverhältniß** zwischen den Ehegatten, wodurch sie Creditor und Debitor werden, und ein gewisses bestimmtes Maaß von juristischen Verbindlichkeiten für sie entspringt, nach deren Erfüllung das Rechtsverhältniß sich wieder von selbst auflöst [2]). Noch weniger läßt sich die Ehe zu den **Stipulationscontracten**, von denen **Modestinus** spricht, zählen, indem bekanntlich, nach dem römischen Rechte, die bloße einfache Willenserklärung zum Abschlusse einer jeden gültigen Ehe genügt. Ausserdem läßt sich auch gar nicht ein Mal behaupten, daß der Minor durch Abschließung einer Ehe blos seine Person und gar nicht sein Vermögen verpflichte. Denn, abgesehen von allen besonderen Verabredungen über Dos und Donatio propter Nuptias, welche freilich besonders für sich bestehen, so übernimmt ja doch in der That der Minor

1) fr. 20. D. 23, 2. c. 8. C. 5, 4.

2) **Hugo** Civ. Mag. B. I. S. 466 u. f. v. **Glück** Erl. der Pand. B. 23. S. 122 u. f.

durch das Heirathen manche sehr bedeutende Vermögensverpflichtungen, namentlich als Ehemann die Pflicht, seine Ehefrau standesmäßig zu unterhalten [1]), seine aus der Ehe entspringenden Kinder zu alimentiren [2]) u. s. w.

Was ferner die Sponsalien betrifft, so bilden diese zwar allerdings einen Vertrag, es wurde auch sogar in der älteren Zeit die Stipulationsform darauf angewendet [3]). Allein im neueren römischen Rechte reicht schon der bloße einfache Consens zum Abschlusse der Sponsalien hin [4]). Auf keinen Fall gehören die Sponsalien, als solche, zu den eigentlich obligirenden Verträgen, von denen Modestinus sagen konnte, daß die Puberes dadurch ex Stipulatu obligirt würden. Denn der sich Verlobende übernimmt dadurch weder für seine Person, noch für sein Vermögen eine wahre Verbindlichkeit. Er kann bekanntlich daraus weder auf wirkliche Abschließung der versprochenen Ehe, noch auf Leistung des Interesses belangt werden [5]). Sebst die förmlichste Stipulation, mit deren Beobachtung etwa die Sponsalien abgeschlossen sind, gewährt kein stärkeres Recht. Daher namentlich bleibt sogar die Verabredung einer Conventionalstrafe dabei ganz ohne Wirkung [6]). Ueberhaupt äussert ja das Verlöbniß, wenn nicht etwa bei dessen Abschließung eine Arrha sponsalitia gegeben worden ist, (was aber ein besonderer Vertrag ist, wodurch wirklich eine directe

---

1) fr. 21. pr. D. 24, 1.

2) fr. 5. pr. §. 1. D. 25, 3. c. 1. C. 5, 25.

3) fr. 2. D. 23, 1. wo sogar der Name sponsalia etymologisch mit spondere und stipulari in Verbindung gebracht wird.

4) In wie fern doch noch Stipulationen bei Schließung der Sponsalien möglich blieben s. v. Glück Erl. der Pand. B. 22. S. 381 u. f. bes. not. 91.

5) c. 1 u. 5. C. 5, 1. c. 14. C. 5, 4. c. 2. fin. C. 5, 17.

6) fr. 134. pr. D. 45, 1. c. 2. C. 8, 39.

Vermögensverpflichtung übernommen wird, von Seiten beider Verlobten) eigentlich gar keine Vertragsverbindlichkeit, sondern nur in so fern rechtliche Folgen, als derjenige Verlobte, welcher, ohne vorherige Aufkündigung der früheren, neue Sponsalien eingeht, sich eine Infamia zuzieht [1]).

Zweiter Abschnitt.

Begründung einer anderen Ansicht.

Aus dem Bisherigen ergab sich, daß die gewöhnliche Ansicht weder in den Quellen und Gesetzen, noch in der Natur des Verhältnisses begründet erscheint, sondern sogar mit ihnen im offenbarsten Widerspruche steht. Es fragt sich daher, was das wahre Verhältniß sei, und wie weit denn wirklich der Minor, welcher einen Curator erhalten hat, durch denselben in Rücksicht der Fähigkeit, sich zu obligiren, beschränkt werde. Dieser Theil der Untersuchung ist freilich der schwierigere.

Diejenigen, welche die bisher bestrittene Ansicht nicht theilen, beantworten die Frage wieder auf sehr verschiedene Weise.

Einige stellen nämlich geradezu den bevormundeten Minor in dieser Beziehung ganz dem Pupillen gleich, indem beide überhaupt ohne ihrer Vormünder Beistand gar keine sie verpflichtende Verträge abschließen könnten [2]). Der

---

1) fr. 1. fin. fr. 13. §. 4. D. 3, 3.

2) So z. B. *Hofacker* Princ. jur. civ. §. 1756. Dasselbe Prinzip finden wir auch in manchen älteren und neueren deutschen Particulargesetzgebungen ausgesprochen, z. B. in der Frankfurter Reformation Th. 2. Tit. 1. §. 2. v. Adlerflycht das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. Th. 1. S. 144. Eben so im allgemeinen Gesetzbuche für die preußischen Staaten. Th. 1. Tit. 5. §. 14.

Unterschied zwischen beiden würde dann nur in der verschiedenen Art liegen, wie die Vormünder dabei zu concurriren haben, der Tutor durch Auctoritatis Interpositio, der Curator durch Ertheilung des Consenses.

Dasjenige, was dieser Theorie entgegensteht, ist nicht sowohl das aus der Fähigkeit des Minor, sich ohne Consens seines Vormundes zu verloben und zu verheirathen, entlehnte Argument. Denn es wurde ja oben nachgewiesen, daß die Ehe gar kein Vertrag ist, und daß durch die Sponsalien gar keine wahre Vertragsobligation begründet wird. Eben so wenig steht entgegen die oben geprüfte und verworfene Unterscheidung, wonach der Minor wenigstens seine Person durch Verträge verpflichten kann, wenn auch nicht sein Vermögen. Es ist vielmehr nicht zu leugnen, daß in gewisser Beziehung diese Theorie weit consequenter und innerlich gehaltener erscheint, als die im ersten Abschnitte geprüfte, weil sie wenigstens einem Theile der Widersprüche, in welche man sich dort verwickelt, entgeht. Allein es sind manche andere, sowohl innere, als äussere Gründe, welche es unmöglich machen, dieser Ansicht beizutreten. Hier soll, mit Aussetzung der übrigen, zuvörderst nur das entscheidende Moment hervorgehoben werden, was in dem schon mehrfach erwähnten Fragmente von Modestinus liegt. Denn, wie läßt sich mit jener Theorie vereinigen, was Modestinus so bestimmt ausspricht: *puberes sine curatoribus suis ex stipulatu possunt obligari?*

Andere [1]) wenden sich zu dem entgegengesetzten Extreme; sie erklären den Minor unbedingt und ohne Ausnahme für fähig, auch ohne Zuziehung seines Curators,

---

1)] Die Literatur darüber hat v. Glück Erl. der Pand. B. 4. S. 75. Ausserdem sind zu bemerken *Hellfeld* Repert. reale practic. jur. priv. sub voce Contract. v. Adlerflycht das Priv. R. der freien Stadt Frankfurt. Th. I. S. 144.

obligirende Verträge aller Art zu schließen. Allein auch diese Behauptung, obgleich sie sich schon mehr der Wahrheit nähert, findet doch, wenigstens für das neuere römische Recht, ihre bestimmte Widerlegung in einigen klaren Stellen, namentlich in dem schon oben angeführten Rescripte von Diocletian und Maximian [1], worin der vom bevormundeten Minor abgeschlossene Verkauf für ipso jure nichtig und unverbindlich erklärt wird.

Nun hat man zwar den Versuch gemacht, das Argument aus diesem Rescripte dadurch zu entkräften, daß man den Worten: *hunc contractum servari non oportet* einen ganz anderen Sinn unterlegte. Die Kaiser wollten nämlich dadurch zu erkennen geben, daß der Vormund, so lange er Vormund bleibt, die Wirksamkeit der Venditio hemmen könne, während der Minor selbst für seine Person verpflichtet bleibe. Allein dieser Erklärung steht entgegen die ganze Wortfassung des Rescriptes, der darin aufgestellte Gegensatz und die Vergleichung des Minor mit dem Prodigus. Die erwähnten Worte jenes Rescriptes können daher nur den Sinn haben, daß der Kaufcontract schon ipso jure null und nichtig sei, und es daher für den Minor gar keiner Restitution bedürfe [2]. So fassen auch die Basiliken [3] den Inhalt des Rescriptes richtig auf. Eben so unhaltbar ist die Art, wie Bultejus [4] die Worte: *hunc contractum*

1) c. 3. C. 2, 22.

2) *Donellus* Comm. ad L. 101. D. V. O. und v. Glück a. a. O. S. 78.

3) Sie übersetzen nämlich Tom. I. pag. 635. so:

„αὐτῷ τῷ νόμῳ ἄχρηστος ἐστὶ ἡ πρᾶσις, ὡς μηδὲ ἀποκαταστάσεος αὐτὸν χρήζειν."

Nach Fabrot:

„Ipso jure venditio non valet, ut restitutione non egeat."

4) Discept. schol. cap. XVI.

servari non oportet erklärt. Es werde dadurch nur im Allgemeinen von den Kaisern ausgesprochen, daß der Contract nicht erfüllt zu werden brauche, während sie in den folgenden Worten des Rescriptes erst zu der Frage übergiengen, auf welchem Wege dem Minor zu helfen sei, und ihn dabei auf das Beneficium Restitutionis verwiesen. Denn, trotz aller künstlichen Wendungen, die er versucht, ist Vultejus nicht im Stande, diesen Sinn mit den entgegenstehenden Worten des Rescriptes in Einklang zu bringen.

Das Richtige mögte daher wohl in der Mitte liegen und sich auf folgende einfache Grundsätze zurückführen lassen.

Obgleich der Curator es ist, der das Vermögen des bevormundeten Minor unter Händen hat, obgleich ihm zunächst die eigentliche Verwaltung des Mündelvermögens anvertraut ist, so muß dennoch als Regel angenommen werden, daß ein solcher Minor auch ohne Zuziehung und Consens seines Curators sich durch Verträge sowohl, als durch andere Rechtsgeschäfte gültig verpflichten kann. Nur bei gewissen Rechtsgeschäften und Verträgen treten besondere Ausnahmen und Beschränkungen ein, welche sich allmählig im Laufe der Zeit gebildet haben.

Denn schon nach dem Pandektenrechte kann

1) der Minor in seinen eigenen streitigen Angelegenheiten, in Lite nicht gerichtlich auftreten und handeln ohne seinen Curator, ohne denselben keinen Prozeß führen, weder als Kläger, noch als Beklagter [1]. Es kann ferner

2) der Minor, nach geendigter Tutel, seinen bisherigen Tutor zur Rechnungsablage und Herausgabe des Vermögens nur mit Zuziehung seines Curators nöthigen. Wir finden zwar diesen Grundsatz bestimmt ausgesprochen erst in

1) §. 2. J. 1, 23. c. 1. C. 5, 31. c. 11. C. 5, 34. c. 11. C. 2, 13. c. 1. Cod. theod. 3, 17.

einem Rescripte von Kaiser Gordian [1]; allein daß er auch schon früher nach dem Pandektenrechte gegolten, geht hervor theils aus einzelnen Andeutungen, die damit zusammenhängen [2], theils daraus, daß er gewissermaaßen nur eine natürliche Folge eines anderen Grundsatzes ist, der sich deutlich schon in den Pandekten findet. Es kann nämlich

3) niemand mit Sicherheit, ohne sich einem bedeutenden Risiko auszusetzen, Zahlungen, besonders Geldzahlungen, an den Minor leisten und sich von diesem darüber quittiren lassen, ohne Zuziehung des Curators. Deshalb ist namentlich der Schuldner des Minor befugt, die Zahlung demselben so lange zu verweigern, bis er seinen Curator dazu beizieht [3]. Gerade aus diesem Grunde kann der abgehende Tutor seinem bisherigen Pupillen keine Rechnung ablegen, ohne Zuziehung des Curators, weil er ja dabei das Mündelvermögen herausgeben und sich darüber quittiren lassen will. Das Risiko für denjenigen, welcher dem Minor, ohne Zuziehung seines Curators, Geld auszahlt, besteht zwar nicht in der unbedingten Richtigkeit der geschehenen Zahlung, wohl aber darin, daß, wenn der Minor das Geld verliert, oder sonst unnütz durchbringt, die Zahlung als nicht geschehen, namentlich der zahlende Schuldner als nicht liberirt, die dem Minor ausgezahlte Darlehnssumme als nicht bezahlt und also das Mutuum als für den Minor nicht verbindlich betrachtet wird. Das gilt demnach nicht blos von eigentlichen Zahlungen der Mündelschulden, sondern auch von anderen, an den Minor geschehenden Zahlungen, z. B. von den ihm zum Zwecke des Darlehns ausgezahlten Summen [4].

In allen diesen drei erwähnten Fällen ist die Zuziehung des Curators so wesentlich, daß nicht blos derjenige Minor,

---

1) c. 7. C. 5, 31.

2) fr. 5. §. 5. D. 26, 7.

3) fr. 7. §. 2 D. 4, 4. fr. 27. §. 1. fr. 32. D. 4, 4.

4) fr. 27. §. 1. D. 4, 4.

welcher schon einen Curator hat, ihn zuziehen muß, sondern daß er auch sogar, wenn er bisher noch keinen erhalten hatte, zur Annahme eines Curators genöthigt werden kann. Direct wird er zur Annahme des Curators genöthigt bei der Prozeßführung, indem ihm dazu, auch ohne seinen eigenen Antrag, sogar wider seinen Willen ein Curator bestellt wird [1]). Bei den übrigen Geschäften wird er wenigstens indirect genöthigt, sich selber einen Curator zu erbitten, indem ihm die Herausgabe seines Vermögens oder die sonstige Zahlung so lange verweigert wird, bis er sich zur Erbittung eines Curators bequemt hat [2]). Endlich konnte

4) auch schon nach dem Pandektenrechte der Minor ohne Consens und Mitwirkung seines Curators keine Prädia rustica und suburbana veräussern. Denn seit einem Senatusconsulte unter Septimius Severus und Antoninus Caracalla [3]) sollten die Tutoren und Curatoren dergleichen Grundstücke ihrer Pflegbefohlenen nur in Gefolge eines, Causa cognita pro Tribunali, ertheilten obrigkeitlichen Decretes veräussern dürfen. Eine natürliche Folge davon war, daß die Käufer solcher Grundstücke, um mit Sicherheit den Handel abschließen zu können, theils an den Curator des Minor, theils an das Gericht gewiesen waren. Denn, wenn das Gesetz selbst den Vormündern, als den eigentlichen Administratoren des Mündelvermögens, die Veräusserung ohne obrigkeitliches Decret untersagte, so stand es um so weniger den Minderjährigen selber frei, ihre Grundstücke allein und ohne ihren Curator zu veräussern.

So nach dem Pandektenrechte. In dem neuesten römischen Rechte finden wir nun aber die angegebenen bisherigen

1) § 2. J 1, 23.
„Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, *praeterquam in litem.*“

2) S. die Stellen S. 405. in der Note 3 u. 4.

3) fr. 1. pr. D. 27, 9.

Beschränkungen des Minor, in Rücksicht der eigentlichen Veräusserungen, bedeutend erweitert.

Zuerst stoßen wir unter Diocletian und Maximian, in der c. 3. C. 2, 22. auf den Grundsatz, daß Minderjährige, welche einen Curator haben, überhaupt ihre Res nicht gültig ohne denselben verkaufen können. Ob dieser Grundsatz schon früher existirt hat, oder erst unter Diocletian's Regierung aufgekommen, mögte wohl schwer zu bestimmen sein. Dafür, daß er erst unter Diocletian aufgekommen [1]), scheint freilich zu sprechen theils der Umstand, daß wir vor ihm, noch keine directe Spur dieses allgemeinen Verbotes in unseren Quellen finden, theils daß gerade von Diocletian viele die Veräusserung der Mündelgüter betreffende Verordnungen herrühren [2]). Allein auf der anderen Seite ist es auch nicht gerade zu erwarten, daß durch ein bloßes Rescript diese wichtige Neuerung eingeführt worden wäre. Nun haben zwar einige Rechtslehrer den Inhalt des ganzen Rescriptes von Diocletian auf die Prädia rustica und suburbana beschränken wollen, indem sie aus dem Sprachgebrauche der Pandekten und der Basiliken zu erweisen suchen, daß unter dem allgemeinen im Rescripte von Diocletian gebrauchten Ausdrucke *res* nur Prädia rustica und suburbana zu verstehen seien [3]). Allein zu dieser Hypothese paßt der sonstige Inhalt des Rescriptes selbst durchaus nicht. Denn, wie zum Theil schon von Anderen [4]) dagegen bemerkt worden ist, wäre von einem Prädium rusticum oder suburbanum die Rede, so würde ja theils der Grund der ausgesprochenen Ungültigkeit des Verkaufes nicht zunächst in dem Umstande,

---

1) Dafür scheint sich zu erklären Zimmern Röm. Rechtsgesch. B. I. Abth. 2. §. 246. S. 928.

2) c. 8 — 17. C. 5, 71.

3) *Marckart* l. c.

4) Z. B. v. Glück a. a. O. B. 4. S. 81. not. 14.

daß vom Minor ohne Curator verkauft worden, sondern vielmehr darin liegen, weil es an dem obrigkeitlichen Decrete mangelte, theils würde ja auch die ganze Vergleichung des bevormundeten Minor mit dem Prodigus, welche Diocletian in dieser Beziehung macht, zu dem Grunde der Ungültigkeit nicht recht passen. Obgleich nämlich auch der Curator Furiosi dergleichen Prädia nicht ohne Decret veräussern durfte, so war das doch nur eine allmählige Ausdehnung der Oratio Severi, des ursprünglichen nur auf Tutoren der Pupillen und Curatoren der Minderjährigen gehenden Verbotes [1]). Es konnte also dem Kaiser nicht einfallen, den ursprünglichen Inhalt des Senatusconsultes aus der nachherigen Ausdehnung zu erklären. Eher ließe sich mit einigem Scheine gegen die angegebene Erklärung des Rescriptes von Diocletian bemerken, daß gar nicht darin ausdrücklich angeführt ist, der Minor habe ohne Consens des Curators verkauft. Allein daß dieses doch in der That gemeint sey, geht wohl aus dem ganzen Zusammenhange und aus der Vergleichung mit dem Prodigus hervor. So nehmen es auch namentlich die Basiliken [2]), welche die Worte: ohne Consens des Curators einschalten. Da übrigens unter Kaiser Constantin das bisherige Verbot der Veräusserung von Prädiis rusticis

1) fr. 8. §. 1. fr. 11. D. 27, 9. c. 2. C. 5, 70.

2) Tom. I. pag. 635.

„ὅτι ὁ ἔφηβος, εἰ μὲν ἔχων κούρατωρα, πέπρακε πρᾶγμα παρὰ γνώμην τοῦ κουράτωρος, κ. τ. λ.

Uebrigens ließe sich auch sonst ein vernünftiger, historischer Sinn in die Stelle bringen. Dem Prodigus war das Commercium entzogen, damit die Mancipationsfähigkeit und in Gefolge davon die Fähigkeit zu verkaufen und zu tradiren. Daher mußte sein Curator immer für ihn verkaufen; dieses wurde vielleicht von Diocletian auch auf den bevormundeten Minor angewendet, und letzterer in dieser Beziehung dem Prodigus gleichgestellt.

und suburbanis auch fast auf alle andere, unbewegliche und bewegliche, der Aufbewahrung fähige Sachen des Mündels ausgedehnt wurde [1]), so kann seitdem schon aus diesem Grunde der Minor nicht allein und ohne Curator Veräusserungen vornehmen.

Es kommt jetzt darauf an, den Beweis für die hier aufgestellte Theorie zu liefern. Da nun aber die Nothwendigkeit der Zuziehung des Curators bei den einzelnen, so eben als Ausnahmen erwähnten Rechtsgeschäften des Minor heut zu Tage fast allgemein anerkannt wird, auch schon in den dafür angeführten Stellen ihren hinreichenden Beleg findet, so braucht nur die von mir behauptete und von den Gegnern bestrittene Regel, daß bei Abschließung aller anderen Rechtsgeschäfte und Verträge, der Minor nicht an den Consens seines Curators gebunden sei, daß er vielmehr auch allein sich und sein Vermögen verpflichten könne, besonders bewiesen zu werden. Bei der Aufzählung der einzelnen Beweisgründe wird es übrigens erlaubt sein, diejenigen, welche schon früher zur Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht benutzt und ausgeführt worden sind, jetzt nur ganz kurz und verweisend zu berühren.

Wir finden erstens in dem schon oben erklärten und durch ein anderes von Paulus [2]) unterstützten Fragmente von Modestinus [3]) ganz allgemein und ohne Beschränkung das Prinzip ausgesprochen, daß der Minor auch ohne Zuziehung seines Curators durch Stipulationen sich verpflichten kann [4]).

---

1) c. 22. C. 5, 37. c. ult. C. 5, 72.

2) fr. 43. D. 44, 7.

3) fr. 101. D. 45, 1.

4) S. den ersten Abschnitt, wo auch die Unhaltbarkeit der mancherlei Versuche, jenem Grundsatze Modestin's durch Interpretation seine Bedeutung oder Allgemeinheit zu nehmen, gezeigt worden ist.

Dagegen findet sich zweitens keine einzige Stelle, worin dem Minor auch nur einigermaaßen allgemein die Fähigkeit, sein Vermögen ohne Consens des Curators durch Verträge zu obligiren, abgesprochen wird. Denn das von den Gegnern dafür citirte Rescript von Diocletian und Maximian enthält, wie oben gezeigt wurde [1]), weder in den dispositiven, noch in den enunciativen Worten eine solche allgemeine Beschränkung, indem es nur vom Verkaufen des Minor redet.

Wenn nun, schon nach allgemeinen Grundsätzen, eine Beschränkung der natürlichen Freiheit nur da angenommen werden kann, wo sie wirklich im Gesetze ausgesprochen ist, wenn also aus demselben Grunde eine jede Ausdehnung specieller Beschränkungen dieser Art auf andere nur da statthaft ist, wo uns die Gesetze ausdrücklich dazu berechtigen, so müssen wir hier, wo es der Verurtheilung der Verhältnisse des Minor gilt, um so mehr bei dem strengen Inhalte, bei den Worten unserer Rechtsquellen stehen bleiben, weil das Schweigen derselben aus anderen Gründen höchst characteristisch erscheint und sehr stark gegen das Dasein der behaupteten weiteren Beschränkung des Minor spricht.

Denn, wenn wirklich der Minor, in der hier in Frage stehenden Beziehung, dem Prodigus und dem Unmündigen gleichstand, so läßt es sich doch kaum erklären, warum unsere Rechtsquellen, welche doch so mannigfach die Verhältnisse der Minderjährigen erwähnen, nirgends dasselbe vom Minor sagen, was sie so oft und so bestimmt von dem Unmündigen und dem Prodigus erklären, daß er nämlich ohne Vormund sein Vermögen durch Verträge nicht verpflichten könne; besonders, da sich die Pupillen und Minderjährigen in anderen specielleren Verhältnissen, wo sie gleich behandelt und gleichmäßig an die Zustimmung ihrer

1) S. den ersten Abschnitt.

Vormünder gewiesen werden, so oft vergleichend neben einander gestellt finden [1]). Gewiß kam doch der Fall, daß der Minderjährige einen Curator hatte, unendlich häufiger vor, als der, daß jemand als Verschwender unter Curatel gestellt war! Dazu kommt, daß die Veranlassung, jenes Prinzip, wenn es wirklich für ihn existirte, auf den Minor anzuwenden, in unseren Quellen oft so dringend nahe lag, daß es als durchaus unbegreiflich erscheint, wie sie darüber hinweggehen konnten. So in dem Institutionentitel de inutilibus Stipulationibus, wo ex Professo untersucht wird, wer sich durch Stipulationen wirksam verpflichten könne, welche Stipulationen dagegen, wegen persönlicher Unfähigkeit des Promittenten, schon an sich ungültig seien [2]). So im Pandektentitel de Verborum Obligatione, wo so vielfach dieselbe Frage an verschiedenen Orten, in Rücksicht der Pupillen, Prodigi, Furiosi berührt und beantwortet wird. So ganz vorzüglich in dem weitläuftigen Pandektentitel de Minoribus. Was lag hier näher, wenn wirklich der bevormundete Minor nur gegen solche, sein Vermögen obligirende Ver-

---

1) Z. B. fr. 5. §. 7—9. D. 13, 5. c. 2. C. 3, 6. c. 4. C. 2, 27. c. 11. C. 2, 13.

2) §. 7—10. J. 3, 19.
Merkwürdig ist auch in dieser Beziehung folgende Stelle aus dem s. g. Brachylogus Juris Civilis Lib. III. Cap. 2. §. 6, wo alle diejenigen, welche persönlich unfähig sind, überhaupt, oder wenigstens allein ohne Vormund zu contrahiren, aufgeführt werden, ohne im Mindesten den bevormundeten Minor mit zu erwähnen:

„Propter personam est inutile pactum, cum persona paciscitur, cui pacisci non licet, ut pupillus, si promittat sine tutorum auctoritate, aut prodigus, cui interdictum est bonis, sine curatoris auctoritate, aut furiosus, qui consentire non potest.“

Wir mögen nun diesen s. g. Brachylogus in eine frühere, oder spätere Zeit setzen, immer bleibt die Stelle doch merkwürdig für die Ansicht der damaligen Zeit.

träge, die er ohne seinen Curator abgeschlossen, der Restitution bedurfte, als dieses Prinzip theils ganz allgemein an die Spitze zu stellen, theils mehrfach auf einzelne Fälle anzuwenden [1])? Dennoch finden wir kein einziges Mal unterschieden, ob der Minor mit oder ohne Curator contrahirt hat [2]). Selbst da, wo er Professo das Prinzip, daß der Minor nur gegen solche Geschäfte, die nicht schon aus anderen Gründen von selbst ungültig seien, restituirt werden solle, beleuchtet wird, geschieht des Falles, wo der Minor ohne seinen Curator contrahirte, keine Erwähnung, während doch umgekehrt der Fall, wo ein Pupill ohne Zuziehung seines Tutors sich verpflichtet hat, ausdrücklich als Beispiel erwähnt ist.

[3]) *Ulpianus* libr. XI. ad Edict.

„In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: utputa cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate, nec locupletior factus est."

---

1) *Marckart* l. c. Auch v. Meyer in seiner citirten Preisschrift S. 75. scheint das zu fühlen, indem er besonders darauf aufmerksam macht, wie wichtig der Unterschied, ob der Minor mit oder ohne seinen Curator contrahirt hat, für die Lehre von der in Integrum Restitutio gewesen. Allein wie will er eben damit in Einklang bringen das gänzliche Uebergehen dieses Unterschiedes im Titel über die Restitution der Minderjährigen?

2) Ueberhaupt wird dabei der Curator nur in zwei Beziehungen erwähnt, entweder bei Zahlungen an den Minor, wovon schon oben gesprochen wurde, oder da, wo der Curator allein für den Mündel gehandelt hat. fr. 7. §. 1. 2 u. 8. fr. 39. §. 1. fr. 47. §. 1. D. 4, 4.

3) fr. 16. pr. D. 4, 4. Vergl. auch fr. 3. §. 2. D. 14, 6.

Gerade im Titel de Minoribus lag das vom Minor im engeren Sinne entlehnte Beispiel weit näher, als das vom Pupillen. Wie wahr die ganze Bemerkung sei, beweist namentlich der Umstand, daß im Codextitel de Restitutione Minorum, wo wirklich von einem solchen Vertrage die Rede ist, den ausnahmsweise der Minor ohne seinen Curator nicht gültig abschließen konnte, auch sogleich auf das bestimmteste unterschieden wird, ob der Minor einen Curator gehabt hat, oder nicht, und im ersteren Falle, ob der Verkauf mit Zustimmung des Curators geschehen. Es ist eben das oft berührte Rescript von Diocletian und Maximian.

Es fehlt drittens in unseren Quellen durchaus nicht an vielfachen, theils directen, theils indirecten Spuren und Andeutungen davon, daß wirklich der Minor auch ohne seinen Curator sich und das Seine sowohl durch Verträge, als durch andere Rechtsgeschäfte obligiren, ja sogar nach Pandektenrechte noch veräussern konnte.

Dabei ist es nöthig, eine allgemeine Bemerkung vorauszuschicken. So wahr es auch ist, selbst für das neueste römische Recht, daß dem Minor kein genereller, bleibender [1]) Altersvormund wider seinen Willen von der Obrigkeit aufgedrungen, sondern nur auf sein eigenes Nachsuchen ertheilt wird [2]), so leidet es doch keinen Zweifel und wird auch allgemein anerkannt, daß auf indirectem Wege mehrfach der Minderjährige genöthigt wurde, sich einen generellen Vormund auszubitten, und daß daher nur selten ausnahmsweise ein Minor ohne Curator vorkam. Nicht blos diejenigen Minderjährigen, die schon unter der Tutel

---

1) Denn ein specieller konnte ihm allerdings auch wider seinen Willen von der Obrigkeit aufgedrungen werden, z. B. ad litem. §. 2. J. 1, 23.

2) fr. 13. §. 2 D. 26, 5. fr. 2. §. 4 u. 5. D. 26, 6. c. 6. C. 5, 31. §. 2. J. 1, 23.

gestanden, und daher nach erreichter Mündigkeit sich mit ihrem bisherigen, nun abgehenden Tutor auseinandersetzen wollten, mußten sich einen Curator geben lassen, weil ihnen ihr Vermögen und die Rechnungsablage bis dahin verweigert wurde, sondern auch denjenigen, welche erst nach erreichter Mündigkeit sui juris geworden, blieb nichts übrig, als sich schleunigst einen Curator zu erbitten. Denn jedenfalls sollte ihnen jetzt ihr Vermögen von den Personen, die es bisher in Händen gehabt, ausgeliefert, z. B. von den Schuldnern ihres Vaters Zahlung geleistet werden u. s. w. Allein zu jeder Zahlungsannahme und Quittirung bedurften sie, nach dem Obigen, eines Curators. Hatten sie sich aber ein Mal zu einem solchen Zwecke freiwillig einen Curator bestellen lassen, so behielten sie ihn auch als ihren bleibenden generellen Vormund. Denn, wenn gleich ihnen, dem strengen Prinzipe, invito adolescenti curator non datur, zu Ehren, selbst da, wo eine Ausnahme eintrat, bei Prozessen, nur ein specieller Curator ad Litem gegeben wurde [1]), so scheint es doch schon in der Natur des Verhältnisses zu liegen, daß der Minor, wenn er selber, ohne schon einen bleibenden zu haben, sich einen Curator geben ließ, immer einen generellen annehmen mußte, den er dann auch bis zum vollendeten fünf und zwanzigsten Jahre behielt. Der Curator specialis, den wir, ausser bei Prozessen, in unseren Quellen zuweilen erwähnt finden, wurde wohl nur für besondere Fälle gegeben, z. B. da, wo der bleibende Curator für den Moment unfähig, oder abwesend, oder sonst temporär abgehalten war, und doch im einzelnen Falle ein Vormund zugezogen werden mußte.

Wenn wir daher in unseren Rechtsquellen einen Minor sui juris erwähnt finden, so können und müssen wir wohl im Zweifel und als Regel annehmen, daß er einen Curator

1) §. 2. J. 1, 23.

hat. Denn das Gegentheil konnte nur als Ausnahme vorkommen.

Wir wenden uns nunmehr zu den einzelnen Beweisstellen selbst [1]).

[2]) *Ulpianus* lib. XI. ad Edict.

„Ait Praetor: *gestum esse dicetur. Gestum* sic accipimus qualiter qualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit. Proinde si (sc. minor) emit aliquid, si vendidit, si societatem coiit, si mutuam pecuniam accepit, et captus est, ei succurretur. Sed et si ei pecunia a debitore paterno soluta sit, vel proprio et hanc perdidit, dicendum est, ei subveniri, quasi gestum sit cum eo. Et ideo si minor conveniat debitorem, adhibere debet curatores, ut ei solvatur pecunia, ceterum non ei compelletur solvere.“

Hier werden beispielsweise Rechtsgeschäfte genannt, wogegen der Minor Restitution verlangen kann, namentlich Kauf, Verkauf, Societät, Mutuum, Annahme der Zahlung vom Schuldner. Aber **nur** bei der Annahme der Zahlung wird ausdrücklich bemerkt, es müßten die Curatoren dabei zugezogen werden.

---

1) fr. 7. pr. §. 1 u. 2. D. 4, 4.

2) Manche Stellen, die man als Beweisstellen anzuführen pflegt, lasse ich absichtlich weg, weil sie in der That nichts beweisen können. Dahin gehören diejenigen, welche von **Prozeßhandlungen** des Minor reden, z. B. von der Confessio in jure, von dem gerichtlichen Eide u. s. w. fr. 9. §. 2. D. 4, 4. fr. 9. §. 4. D. 12, 2. fr. 4. pr. D. 12, 3. Denn diese Handlungen setzen ja, eben darum, weil sie prozessualische sind und weil kein Minor ohne seinen Curator prozessualische Handlungen vornehmen darf, sogar wider seinen Willen dazu einen Curator bestellt erhält, immer von selbst Concurrenz des Curators voraus.

¹) *Ulpianus* libro sing. de Officio Cur. reip. „Voto autem patresfamilias obligantur puberes, sui juris: filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur.“

Ausgesprochen wird hier, daß sich ein Pubes, wenn er nur sui juris sei, durch ein Votum vollkommen verpflichten könne. Wenn nun aber der Minor überhaupt ohne seinen Curator sein Vermögen nicht zu verpflichten fähig ist, so würde er auch durch Gelübde sich nicht verpflichten können, und es hätte dann um so mehr von Ulpian bemerkt werden müssen, daß der Pubes dazu der Einwilligung des Curators bedarf, weil ja ausdrücklich vom Filiusfamilias bemerkt wird, er könne sich durch Votum nur mit Einwilligung seines Vaters obligiren, also offenbar ist, daß Ulpian nur diejenigen aufzählen wollte, die sich allein, und ohne fremder Einwilligung zu bedürfen, obligiren können. Dagegen läßt sich auch nicht behaupten, daß bei dem Votum eine besondere Ausnahme eintrete. Denn dann hätte sich Ulpian ganz anders darüber ausdrücken müssen.

²) *Ulpianus* libro III. Fideicom.

„Fuit quaesitum, si ipsi tutori rogatus sit restituere pupillus, an ipso auctore restitutionem facere possit? Et est decretum a Divo *Severo*, non posse tutori, se auctore, restituere hereditatem, quia in rem suam auctor esse non potest.

Curatori tamen adolescentis ab adolescente potest restitui hereditas, quoniam necessaria non est auctoritas ad restitutionem.“

Bejaht wird hier die Frage, ob ein Minor, dem als Fiduciar die Restitution einer Erbschaft an seinen eigenen Curator aufgegeben ist, selber die Restitution vornehmen

1) fr. 2. §. 1. D. 50, 12.

2) fr. 1. §. 13 u. 14. D. 36, 1.

könne. Daß in der Herausgabe einer schon erworbenen Erbschaft ein Alieniren liegt, bedarf wohl keines Beweises. Daß aber hier, nach Ulpian's Ausspruche, der Minor ohne Zuziehung seines Curators die alienirende Handlung des Restituirens gültig vornehmen kann, geht hervor theils aus den Worten selbst, theils aus dem beigefügten Grunde, weil es hier keiner Auctoritas bedürfe. Denn der Curator kann allerdings mit seinem Curanden Rechtsgeschäfte abschließen, aber nur solche, welche nicht den Consens des Curators erfordern.[1]

[2]) *Ulpianus* libr. XXIX. ad Edict.

„Proinde et in eo, qui scire non potuit an filiusfamilias sit, Julianus libro duodecimo cessare senatusconsultum ait, ut puta in pupillo, vel minore vigintiquinque annis. Sed in minore, causa cognita, et a Praetore succurrendum. In pupillo autem etiam alia ratione debuit dicere, cessare senatusconsultum: quod mutua pecunia non sit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat."

Hiernach soll den Pupillen und den Minor, wenn sie dem Filiusfamilias Geld geliehen haben, kein Nachtheil aus dem Macedonianischen Senatusconsulte treffen. Dem Minor wird geholfen durch prätorische Restitution. Allein der Pupill, wenn er ohne Vormund das Geld hergegeben hat, bedarf gar nicht ein Mal der Restitution, weil das ganze Darlehn dann schon an sich nichtig ist. Warum wird nun aber hier nicht eben so bemerkt, daß der Minor ohne seinen Curator kein gültiges Darlehn geben kann? Das würde doch aus der gewöhnlichen Theorie nothwendig folgen, wenn

1) v. Glück Erl. d. Pand. B. 30. S. 475.

2) fr. 3. §. 2. D. 14, 6. Vergl. auch fr. 16. pr. D. 4, 4.

sie richtig wäre [3]). Von Meyer scheint diese Stelle ohne weiteres von einem Minor, der keinen Curator hat, zu erklären [2]). Allein das ist doch eine rein willkührliche Hypothese, die um so unstatthafter erscheint, weil eines Theils schon an sich ein nichtbevormundeter Minor als Regel nicht präsumirt werden darf, anderen Theils gerade die Zusammenstellung eines Pupillen mit dem Minor auf ein vormundschaftliches Verhältniß auch in Rücksicht des Minor hinzuweisen scheint. Jedenfalls lag es doch dem Ulpian möglichst nahe, wenn ein solcher Unterschied überhaupt von Bedeutung war, zu bemerken, daß er einen unbevormundeten Minor im Sinne habe, indem es sich mit dem bevormundeten, wie mit dem Pupillen verhalte.

[3]) *Modestinus* lib. X. Respons.

„Gajus Sejus, quum adolevisset, accepit curatores Publium Mevium et Lucium Sempronium. Sed enim idem Gajus Sejus intra legitimam aetatem constitutus cum in fatum concideret, testamento suo de curatoribus suis ita cavit: quaestionem curatoribus meis nemo faciat; *rem enim ipse tractavi.* Quaero, an rationem curae heredes adulti a curatoribus petere possint, quum defunctus, ut ex testamenti verbis apparet, confessus sit, *se omnem rem suam administrasse*? Modestinus respondit, si quid dolo curatores fecerunt, aut si quae res testatoris penes eos sint, eo nomine conveniri eos posse."

Es ist hier die Rede von einem Falle, wo der Minor alle Geschäfte selber, und zwar allein, ohne Zuziehung seiner Curatoren besorgt hat. Das sieht man theils aus den Worten

1) v. Meyer a. a. O. S. 79.

2) A. a. O.

3) fr. 20. D. 34, 3. *Marckart* a. l.

selbst, theils aus dem inneren Zusammenhange. Denn, hätte der Minor mit dem Consense seiner Curatoren die Geschäfte besorgt, so wäre ja das in Beziehung auf die Verantwortlichkeit der Vormünder gerade so gut gewesen, als wenn sie selber administrirt hätten. Es hätte also in diesem Geständnisse des Minor kein Grund liegen können, die Verantwortlichkeit der Vormünder irgend zu vermindern. Wäre nun aber, schon nach allgemeinen Prinzipien, der Minor unfähig, seine Vermögensangelegenheiten allein, ohne Zuziehung seines Curators, zu besorgen, und sich dadurch zu verpflichten, so hätten ja die Curatoren gar nicht zugeben dürfen, daß er allein die Geschäfte besorgte. Sie hätten ja dadurch schon ihrer vormundschaftlichen Pflicht zuwider gehandelt [1]). Aber dennoch finden wir in der Stelle keine Spur davon, daß den Vormündern dieses zum Vorwurf gemacht werde. Es wird vielmehr im Gegentheile dieses Geständniß des Mündels im Testamente als ein völlig genügender Grund betrachtet, die Vormünder von aller weiteren Verantwortlichkeit zu befreien, und nur so weit sollen sie noch den Erben des Mündels verhaftet bleiben, als ihnen ein Dolus zur Last fällt, oder als sie noch erweislich Mündelsachen in den Händen haben. Als ein gewöhnliches Erlassen der Rechnungsablage und der daraus etwa zustehenden Ansprüche kann es nicht gelten. Denn, obgleich davon in unseren Quellen Beispiele genug vorkommen, so lauten doch die letztwilligen Dispositionen darüber ganz anders, als hier [2]). Auch ist nicht zu übersehen, daß, wie ausdrücklich im Fragmente bemerkt wird, der Testirer hier noch vor erreichter Großjährigkeit, intra legitimam aetatem, testirte und verstarb.

---

1) fr. 32. D. 4. 4.

2) Z. B. fr. 9. fr. 28. §. 4. fr. 21. §. 2. D. 24, 3.

Während endlich von dem Impubes in vielen Stellen ausdrücklich gesagt wird, er könne eine ihm deferirte Erbschaft ohne Auctoritas seines Tutors weder antreten, noch ausschlagen [1], so wird umgekehrt dem Pubes die Fähigkeit, auch ohne Consens seines Curators Erbschaften anzunehmen und auszuschlagen, nirgends abgesprochen. Schon dieses Schweigen würde entscheidend sein. Denn, wäre wirklich der bevormundete Minor, eben so, wie der Pupill, an des Vormundes Consens dabei gebunden gewesen, so ist es kaum glaublich, daß in den vielen Stellen unseres Corpus Juris, in welchen von der Erbschaftserwerbung und ihren Voraussetzungen die Rede ist, jene so dringend nahe liegende Bemerkung ganz fehlen sollte. Dazu kommt aber noch eine bestimmte Stelle, worin ausdrücklich anerkannt wird, daß der Minor schon allein für sich antreten könne.

[2]) Impp. *Diocletianus* et *Maximianus* AA. et CC. Antonio.

„Puberem agnoscentem bonorum possessionem postea quam fuit ei hereditas delata, pro herede gerere non ambigitur."

Auch hiergegen läßt sich durchaus nicht einwenden, daß vielleicht ein unbevormundeter Minor gemeint sei. Denn wie läßt es sich denken, daß dieselben Kaiser, Diocletian und Maximian, von denen dieses Rescript herrührt, welche in einem anderen Rescripte [3]), worin von dem Verkaufe des Minor die Rede war, es für nöthig erachteten, so streng und scharf zwischen dem bevormundeten und dem nicht bevormundeten Minor zu unterscheiden, hier diese Unterschei-

---

1) fr. 9. §. 3. fr. 11. D. 26, 8 fr. 8. fr. 49. D. 29, 2. c. 18. §. 4. C. 6, 30. §. 1. J. 1, 21. fr. 7. §. 1. D. 37, 1. fr. 96. D. 29, 2. c. 5. C. 6, 31.

2) c. 12. C. 6, 30.

3) c. 3. C. 2, 23.

hung ganz unberücksichtigt gelassen haben, wenn sie wirklich practisch von Bedeutung war und alles davon abhieng! Eben so wenig bedeutet der etwaige Einwurf, daß die Agnitio der Bonorum Possessio gerichtlich geschah, also schon deshalb nothwendig und stillschweigend Zuziehung des Curators voraussetzte. Denn nicht zu einer jeden gerichtlichen Handlung, sondern nur zu Prozessen, in Litem bedarf, nach der obigen Ausführung, der Minor wesentlich eines Curators. Dagegen das Agnosciren der gewöhnlichen edictalis Bonorum Possessio geschah ja ganz ohne einen Gegner, setzte keine Causa Cognitio, keine Sententia voraus u. s. w.

Es ist nun aber auch viertens gar nichts Auffallendes, wenn wir finden, daß der bevormundete Minor in Rücksicht der Alienationen im engeren Sinne, wohin namentlich Verkaufen, Verpfänden, als eventuelles Verkaufen und was dem gleichsteht, gehört, anders und strenger behandelt wird, als in Rücksicht anderer das Vermögen obligirender Verträge und Rechtsgeschäfte. Denn es wird schon überhaupt und im Allgemeinen, das Vendere, Alienare und Tradere in vielen Stellen vor den übrigen Arten des Se Obligare hervorgehoben, als die wichtigste Art der obligirenden Verträge, namentlich in Rücksicht der unter Vormundschaft stehenden Personen [1]. Es ist ferner gerade das Verkaufen und Verpfänden für jemanden, der unerfahren oder leichtsinnig ist, und dem deshalb die freie Administration seines Vermögens nicht anvertraut wird, die gefährlichste Klippe, wo er am meisten beschränkt werden muß, um vor Nachtheilen bewahrt zu werden. Endlich beweist auch auf das bestimmteste der ganze Entwickelungsgang des vormundschaftlichen Institutes im römischen Rechte, wie immer von der Ansicht ausgegangen wurde, daß vorzüglich Beschränkung der Alienationsfreiheit zweckmäßig und nothwendig

1) Z. B. *Ulpian.* fragm. XI. §. 27. fr. 6. D. [illegible]

Frage stehenden Rücksicht, dem Wesen nach [1]), gleichgestellt wird, so erklärt sich freilich sehr leicht und einfach, warum jene beiden letzteren ohne ihren Tutor und Curator durch Verträge ihr Vermögen nicht verpflichten können.

Denn bei dem Pupillen geht das römische Recht aus von der Ansicht, daß derselbe zwar, wenn er Infantia major sei, rechtlich einen Willen habe, aber doch nur einen unvollständigen, welcher eben erst durch die hinzutretende Auctoritas des Tutors ergänzt werden muß [2]). Daher kann der Impubes, auch wenn er als Filiusfamilias unter keinem Tutor steht, dennoch sich nicht durch Stipulation wirksam verpflichten [3]). Eben darauf beruht auch die eigenthümliche Form der Auctoritatis Interpositio, als einer Ergänzung des unvollständigen Willens. Darum endlich muß auch nothwendig selbst wider seinen Willen jeder Impubes, der sui juris ist, einen Tutor annehmen [4]).

Bei dem Prodigus geht das römische Recht aus theils von der Ansicht, er sei dem Furiosus gleich und habe deshalb gar keinen Willen [5]), theils von dem Prinzipe, es sei ihm das Commercium gänzlich entzogen [6]). Daher ist es aus doppeltem Grunde sehr erklärlich, warum er nicht sein Vermögen durch Verträge frei verpflichten kann. Daher erhält er auch, wie der Pupill und Wahnsinnige, selbst wider seinen Willen einen Curator.

Ganz anders verhält sich das mit dem Minor. Bei

1) Denn daß die Auctoritatis Interpositio in ihrer Form von der Ertheilung des Consenses verschieden ist, ist bekannt, und schon oben bemerkt worden.

2) fr. 32. §. 2. D. 41, 2. fr. 25. D. 40, 2. fr. 189. D. 50, 17.

3) fr. ult. §. 2. D. 45, 1.

4) §. 2. J. 1, 23. *Theophil.* ad h. l.

5) fr. 40. D. 50, 17. fr. 6. D. 45, 1.

6) *Pauli* Sent. Rec. lib. III. tit. 4. §. 7.

ihm wird anerkannt, daß er einen vollständigen rechtlichen Willen habe, der nicht erst durch irgend eine hinzutretende Auctoritas ergänzt zu werden braucht [1]). Daher hat er niemals einen Tutor, und Auctoritatis Interpositio kann überhaupt niemals bei ihm vorkommen, sondern nur ein Curator, der ihm Rath ertheilt [2]). Daher wird er auch niemals mit dem Furiosus verglichen, selbst wenn er einen bleibenden Curator erhalten, sondern trotz dem, wie eine Person betrachtet, welche selbstständig für sich bestehen und handeln kann, welcher namentlich das dem Prodigus entzogene Commercium vollkommen zusteht [3]). Daher dauerte es auch lange, ehe im römischen Rechte auch nur die Idee einer Cura Aetatis aufkam, während die anderen Vormundschaftsarten längst begründet waren. Selbst im neueren römischen Rechte wird die Aetatis Cura mehr wie ein Institut, was unter Umständen vorkommen kann, als wie etwas Nothwendiges betrachtet. Der Minor kann zur Noth auch ohne Curator im Staate bestehen, es wird ihm kein Curator wider seinen Willen aufgedrungen, sondern nur auf sein Nachsuchen [4]) *si res ejus exigit* [5]) derselbe ertheilt. Endlich wird auch allgemein anerkannt, daß der Minor, welcher keinen Curator hat, frei und unbeschränkt, mit wenigen Ausnahmen, über das Seinige disponiren,

---

1) fr. 1. §. 2 u. 3. D. 26, 7. fr. 43. D. 44, 7. c. 2. C. 3, 6. *Marckart* c. l. pag. 144. v. Groſman und v. Löhr Mag. B. 3. S. 33.

2) *Noodt* ad Dig. Lib. XXVI. tit. 8. *Püttmann.* Probab. I. 21. Weber zu Höpfner's Inst. Comment. §. 227. not. 2.

3) fr. 24. §. 1. D. 4, 4.

4) fr. 13. §. 2. D. 26, 5. fr. 2. §. 4 u. 5. D. 26, 6. c. 6. C. 5, 31. §. 2. J. 1, 23.

5) c. 6. C. 5, 31.

namentlich er mag nun Filiusfamilias [1]), oder sui juris sein, sein Vermögen durch Verträge verpflichten kann [2]).

Unter diesen Umständen müßte es doch höchst auffallend erscheinen, wenn trotz dieser unverkennbaren inneren, wesentlichen Verschiedenheit der persönlichen Verhältnisse, der Minor in Rücksicht seiner Fähigkeit, sich und sein Vermögen durch Verträge zu verpflichten, eben so beschränkt erscheinen und geradezu dabei dem Impubes und Prodigus gleichgestellt sein sollte. Unsere neueren Juristen scheinen das auch ziemlich allgemein gefühlt zu haben, und daraus ist zum Theil wohl mit die im ersten Abschnitte geprüfte gewöhnliche Unterscheidung zwischen Verträgen, die blos die Person und solchen, die auch das Vermögen obligiren, hervorgegangen, indem man doch es sich nicht verhehlen konnte, daß dem Minor, der Natur der Sache und dem übrigen Geiste des römischen Rechtes nach, ein weiterer Spielraum und eine größere Freiheit von den Vormündern zugestanden werden müsse, als dem Impubes.

Dazu kommt noch der schneidende Contrast, welcher dadurch zwischen dem bevormundeten und nicht bevormundeten Minor eintreten würde. Denn, wenn wir auch annehmen, daß ein Minor sui juris selten ohne Curator war, so bleibt doch immer der häufige Fall des Filiusfamilias Minor übrig. Ein solcher war dann, mit wenigen Beschränkungen, z. B. des Macedonianischen Senatusconsultes, die aber sich nicht zunächst auf sein Alter sondern auf sein Verhältniß als Filiusfamilias bezogen, bei Abschließung von Rechtsgeschäften inter Vivos, namentlich von Verträgen aller Art, fast ganz unbeschränkt; während der bevormundete Minor selbst bei der Abschließung des unbedeutendsten

1) fr. ult. §. 2. D. 45, 1. fr. 3. §. 4. D. 4, 4.

2) *Donelli* Comm. ad L. 101. D. V. O. *Fabri* Ration. in Pand. Tom. I. ad Leg. 1. §. 3. D. de minor. pag. 505.

Vertrages an den Curator gebunden gewesen sein soll! Das erscheint auch um so auffallender, weil ja die Vormundschaft, namentlich die Altersvormundschaft, überhaupt nur ein Surrogat der väterlichen Gewalt sein sollte, also unmöglich eine so viel bedeutendere Beschränkung der Dispositionsfreiheit, als die, welche in der Patria Potestas lag, enthalten konnte.

Daran knüpft sich ferner eine andere, sehr nahe liegende Betrachtung. Daß der Impubes, ohne sich dadurch peinlich und unpassend beengt zu fühlen, keinen sein Vermögen obligirenden Vertrag ohne Tutor abschließen kann, davon liegt der sehr natürliche Grund schon in dem zarten Alter, welches das Gefühl und Bewußtsein der mangelnden Selbstständigkeit und der Schutzbedürftigkeit mit sich bringt. Daß der Furiosus nicht allein handeln kann, liegt nothwendig in seinem individuellen geistigen Zustande, und wenn gleich der Prodigus sich durch die ihm durch den Curator aufgelegte völlige Beschränkung seiner Dispositionsfreiheit beengt fühlen wird, so ist das doch eine natürliche Folge seines liederlichen Wandels, die als nothwendig und darum nicht als anstößig erscheint. Allein eine solche gleiche Beengung und Hemmung in allen seinen privatrechtlichen Lebens-, Vermögens- und Verkehrsverhältnissen, wodurch er auf eine offenbar demüthigende Weise, trotz seiner anerkannten Selbstständigkeit, in Rücksicht seines vollständigen Willens, dem Unmündigen, oder, trotz seiner ordentlichen Lebensweise [1]), dem Prodigus gleichgestellt würde, paßt durchaus nicht zu der natürlichen Lage des Pubes. Sie mußte den römischen Pubes um so mehr drücken, je früher auf der einen Seite gerade in Italien, nach der Art des Climas, der Knabe und Jüngling zum Manne sich

1) Während die Prodigi von Cicero Cat. maj. c. 7. *rem suam male gerentes* genannt werden, erkennt Ulpian ausdrücklich an, die Puberes, welche einen Curator haben müßten, könnten sein *rem suam bene gerentes*, fr. 1. §. ult. D. 4, 4.

entwickelt [1]), und je weiter auf der anderen Seite der Eintritt der Grosjährigkeit hinausgerückt war. Wenn nicht blos, bei ganz anderen climatischen Verhältnissen, die älteren Deutschen den Zeitpunct der Grosjährigkeit weit früher eintreten ließen, sondern auch noch heut zu Tage bei uns, trotz des immer verwickelter werdenden bürgerlichen Verkehres, unverkennbar ein Bestreben sichtbar wird, den Eintritt der Grosjährigkeit zu beschleunigen, theils durch allgemeine Gesetze, theils durch häufig und leicht ertheilte Venia Aetatis: so hätte das bei den Römern, wenn wirklich die Cura Aetatis so streng und beschränkend gewesen wäre, noch weit fühlbarer werden müssen. Um so mehr, weil bekanntlich, nach römischer Rechtsverfassung, nur sehr selten, nur mit großen Schwierigkeiten und nur unmittelbar vom Kaiser selbst Venia Aetatis ertheilt wurde [2]).

Es ist ausserdem auch nicht zu verkennen, daß die gewöhnlichen Grundsätze über die Unfähigkeit des Minor, sich ohne seinen Curator zu verpflichten, so wie sie heut zu Tage nur der Theorie nach gelten, aber im Leben und practischen Verkehre selbst durchaus nicht consequent zur Anwendung kommen [3]), eben so wenig bei den Römern mit einiger Consequenz haben durchgeführt werden können. Wir brauchen uns nur einen bevormundeten Minor von zwanzig oder mehr Jahren zu denken, der schon durch sein Alter, seinen Stand, sein Gewerbe in die mannichfachsten Verkehrsverhältnisse verwickelt, zu häufigen Geschäftsreisen genöthigt wird, u. s. w., um das Unthunliche und Unzweckmäßige des Grundsatzes, daß jeder einzelne obligirende Vertrag ohne des Curators

---

1) v. Meyer a. a. O. S. 40.

2) fr. 3. pr. D. 4, 4. v. Glück Erl. d. Pand. B. 30. S. 29. not 60. Erst durch eine Novelle von Leo ist die Jahrgebung weit mehr erleichtert worden. Nov. Leonis 28.

3) Ich berufe mich hier auf das Zeugniß der practischen Juristen.

Consens unwirksam sei, einzusehen. Von dem practischen Sinne der Römer läßt sich ein solcher Mißgriff gewiß nicht erwarten. Das Unthunliche wird auch keineswegs entfernt durch die allerdings richtige Bemerkung, daß der Vormund schon im Voraus, oder auch hinterdrein die vom Minor geschlossenen Verträge bekräftigen kann. Denn theils kann das der Dritte, mit dem sich der Minor, etwa in Abwesenheit des Curators, einlassen will, nicht im Voraus wissen; theils würde es auch zu der gewöhnlichen Theorie nicht passen und den danach zu beurtheilenden Pflichten des Vormundes nicht entsprechen, wenn man dem Vormunde verstatten wollte, ganz im Allgemeinen, gewissermaaßen in Bausch und Bogen, schon zum Voraus alle obligirende Verträge des Minor von gewisser Art, z. B. alle, die sich auf ein bestimmtes Gewerbe beziehen, zu genehmigen. Dadurch würde ja dem Vormunde eine beschränkte Ertheilung der Venia Aetatis gestattet.

2) Alle diese erwähnten Schwierigkeiten und Anstöße verschwinden dagegen, wenn wir von der anderen, hier vertheidigten Theorie ausgehen, und sie liegt auch in der That in der ursprünglichen römischen Ansicht von der Cura.

Danach sollen zwar alle Minderjährige unter der Cura stehen, die freie unbeschänkte Verwaltung ihres Vermögens erst mit der erreichten Großjährigkeit erlangen. Bis dahin sollen die Curatoren die eigentliche Verwaltung des Mündelvermögens und dieses Vermögen überhaupt in Händen haben. Allein sowohl mit dem ganzen, von den Römern ausgesprochenen Zwecke dieser Cura, als mit den sonstigen dabei gebrauchten Ausdrücken ist es sehr wohl vereinbar, daß, mit den einzelnen oben angegebenen Ausnahmen, der bevormundete Minor auch ohne Consens seines Curators sein Vermögen durch einzelne Verträge, die nicht zur eigentlichen Administration des Vermögens gehören, verpflichten kann.

Es ist bekannt, daß die heutige Cura Aetatis im römischen Rechte, ihrer ganzen Tendenz nach, von derjenigen Alterscura, welche nach den Zeugnissen einiger nicht juristischer Quellen, in Gefolge der Lex Plätoria bestanden haben soll, ganz verschieden ist. Obgleich das ganze Verhältniß der Cura Legis Plätoriä, wegen der Mangelhaftigkeit der Nachrichten darüber, indem unsere juristischen Quellen uns dabei ganz verlassen, nicht recht klar ist, so scheint doch so viel gewiß, daß ex Lege Plätoria nicht alle Minores, sondern nur gewisse, aus besonderen Gründen, redditis causis, Curatoren erhielten; nämlich wegen ihrer bewiesenen besonderen jugendlichen Unerfahrenheit und Albernheit, propter dementiam, oder wegen ihres bewiesenen ungewöhnlichen Leichtsinnes, jugendlicher Ausgelassenheit und dissoluten Wandels, propter lasciviam, weshalb für sie und zu ihrem eigenen Besten eine solche ungewöhnliche Sicherungsmaaßregel nöthig wurde [1]). Auch wird als Grund der Lex Plä-

1) *Jul. Capitolinus* in Marc. c. 10.
„De curatoribus vero, quum ante non nisi ex Lege Plaetoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.“ Es wird zwar bekanntlich darüber gestritten, was der wahre Sinn dieser Worte: ex lege Plaetoria — darentur sei. Einige haben darin dreierlei Arten von Curatoren gesucht, die ex Lege Plätoria, die Curatores Prodigorum und die Curatores Furiosorum. Allein sowohl aus grammatischen, als aus rechtsgeschichtlichen Gründen ist diese Erklärung unstatthaft. Denn, sollten dreierlei Arten von Curatoren angedeutet werden, so müßte es heißen, *vel* ex Lege Plaetoria, *vel* propter lasciviam, *vel* propter dementiam. Es konnte ferner die Lex Plätoria mit ihren Curatoren nicht vor den 12 Tafeln mit ihrer Cura Prodigorum und Furiosorum genannt werden. Es läßt sich ausserdem grammatisch beweisen, daß *lascivi* und *dementes* von *prodigis* und *furiosis* wesentlich verschieden sind. Endlich geht auch aus dem ganzen Zusammenhange hervor, daß hier nur von den

toria angegeben, den circumscriptionibus adolescentium entgegen zu arbeiten [1]). Sie war damals um so nothwendiger, weil weder an sich schon so strenge Maaßregeln und Rechtsmittel zur Sicherung gegen Betrug und Verkürzung bei Verträgen existirten, noch die Restitutio in Integrum propter minorem Aetatem insbesondere den Minderjährigen half, indem ja der ganze Begriff der Minor Aetas erst durch die Lex Plätoria entstand.

Im Gegensatze davon verordnete nun Marcus Antoninus, daß alle Adulti, ohne Ausnahme, ohne Rücksicht auf besondere Individualität und erwiesene besondere Unfähigkeit, etiam non redditis causis, Curatoren erhalten sollten [2]). Es sollten jetzt, seit Aufhebung der Lex Plätoria, auch solche Adulti, welche sich besonnen und anständig betragen, namentlich ihr Vermögen ganz ordentlich verwalten könnten, *etiam bene rem gerentes* unter Cura gestellt und ihnen die eigentliche Administration ihres Vermögens genommen werden.

[3]) *Ulpianus* libr. XI. ad Edict.
„Et ideo hodie in hanc usque aetatem adolescentes curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae ad-

---

Curatoren der Adulti als solcher gehandelt wird, während die Cura Prodigorum und Furiosorum gerade auch und vorzüglich bei den Großjährigen eintritt. Ueber die Literatur dieser, zunächst nicht hierher gehörigen Controverse ist zu vergleichen *Jo. Hier. Hetzer* Diss. ad Legem Laetorian. §. VIII. Zimmern Gesch. des röm. Rechts. B. I. Abtheil. 2. §. 237. v. Glück Erl. d. Pand. B. 30. S. 3 u. f.

1) *Cicero* de Offic. III. c. 15.
„Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria." Vergl. auch *Cic.* de nat. Deor. III. c. 30. *Plaut.* Pseudol. I. 3. 68. Rudens. V. 3. 24 sqq.

2) S. ob. S. 430. not. 1.

3) fr. 1. §. ult. D. 4, 4.

ministratio eis committi debebit, quamvis bene rem suam gerentibus."

Als Grund dieser Cura Aetatis wird ganz allgemein die Jugend angegeben, und weil junge Leute, auch wenn sie nicht mehr unmündig sind, doch noch gewöhnlich zu wenig Erfahrung haben, als daß sie allein genügend ein ganzes Vermögen verwalten und schützen könnten.

[1]) „Masculi puberes et feminae viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: qui, licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint."

Als Geschäft und Bestimmung der Curatoren wird angegeben, theils daß die eigentliche Administration des Mündelvermögens, welche den Adultis selbst entzogen ist, von den Curatoren besorgt werde, theils daß die Adulti bei ihren Curatoren nöthigenfalls Rath und Hülfe suchen sollten, *ut curatorum auxilio regantur* [2]).

Aus keiner dieser Bestimmungen geht hervor, daß der Minor ohne seine Curatoren keine obligirende Verträge habe schließen können.

Denn, betrachten wir nur etwas genauer das Verhältniß, wie es sich, bei der angegebenen Lage der Dinge, sehr natürlich gestalten mußte, so ergibt sich freilich zuvörderst, daß in der That die eigentliche Administration und das Mündelvermögen selbst in den Händen der Curatoren ist. Ihnen wird von dem abgehenden Tutor die Rechnung abgelegt, und das Mündelvermögen überantwortet, was sie erst nach geendigter Cura wieder herausgeben [3]); an sie

1) pr. J. 1, 23. *Ulpian.* fragm. tit. XII. §. 4.

2) fr. 1. §. ult. D. 4, 4.

3) Daher heißt es auch von demjenigen, welcher von der Cura Aetatis frei wird, rem suam *recipit* a curatoribus. fr. 2. D. 4, 4.

geschehen die Zahlungen von den Schuldnern des Mündels; ohne sie kann der Mündel keinen Prozeß führen, keine Sachen verkaufen oder verpfänden. Von ihnen allein konnte also auch der Minor aus seinem Vermögen etwas erhalten. Gerade darin besteht ja aber die eigentliche Administration eines fremden Vermögens, daß man es unter Händen hat, daß alle Zahlungen an den Administrator geschehen und die Ausgaben von ihm ausgehen. Es zeigt sich ferner ebenfalls als wahr, daß den bevormundeten Minderjährigen selbst die Administration ihres Vermögens entzogen ist. Denn von demjenigen, der sein Vermögen nicht selber unter Händen hat, der ohne fremden Beistand keine Prozesse darüber führen kann, der nichts daraus für sich allein verkaufen oder verpfänden darf, an den keine Zahlung geleistet werden kann, von dem läßt sich doch wohl mit Recht sagen, daß er die eigentliche Administration seines Vermögens nicht habe. Es sind ja dieses gerade sehr wichtige, durchgreifende Dispositionen, ohne welche in der That kein Vermögen sich administriren läßt.

Allein aus allen diesen Verhältnissen folgt noch keineswegs, daß der Minor, weil er nicht selber die freie Administration des Vermögens hat, auch deshalb gar nicht ohne den Curator sein Vermögen durch einzelne Verträge gültig verpflichten könne. Denn das sind zwei ganz verschiedene Dinge. Wie oft kommt es vor, daß jemand für uns unser Vermögen administrirt, und daß wir dennoch nichts desto weniger unsere Selbstständigkeit in so fern behalten, als wir immer noch allein wirksam, ohne Zuziehung unseres Administrators, durch einzelne Verträge und Rechtsgeschäfte unser Vermögen verpflichten können! So z. B. wenn wir etwa, während unserer temporären Abwesenheit, einen Procurator omnium Bonorum bestellen, der für uns unser Vermögen administriren soll. Dann hat zwar unser Procurator die eigentliche Verwaltung unseres Vermögens und

seine Administrationshandlungen haben volle Gültigkeit; aber das benimmt unseren eigenen obligirenden Verträgen, die wir nun etwa daneben selber abschließen, ihre Wirksamkeit nicht. Eben so verhält es sich mit dem Curator des Minor. Er ist gesetzlicher Procurator omnium Bonorum des Minor, so wie er auch in der That oft mit einem Procurator verglichen wird. Nur freilich mit dem Unterschiede, daß der Minor, in Rücksicht gewisser bestimmter Rechtsgeschäfte und Verträge, noch besonders durch das gesetzliche Verbot, sie ohne Zuziehung des Curators abzuschließen, beschränkt wird.

Entscheidend ist ferner auch der Umstand, daß ja dergleichen das Vermögen des Minor obligirende Verträge, ausser den ihm speciell untersagten, gar nicht solche sind, die zunächst zum Zwecke der Administration des Vermögens vorgenommen werden, sondern solche, welche zur Benutzung des Vermögens und zur Befriedigung der nöthigen Bedürfnisse des Minor im Leben und geselligen Verkehre gehören. So kann z. B. das Kaufen der nöthigen Lebensmittel oder Kleidungsstücke, das Miethen der Wohnung oder des nöthigen Gesindes, das Abschließen von Beköstigungsverträgen, das Contrahiren mit den Handwerkern u. s. w. gewiß nicht zu der Administration des Vermögens im engeren Sinne gerechnet werden. Wohl aber das Verkaufen von Sachen, das Kündigen ausstehender Capitalien, das Anlegen von eingegangenen Capitalien, das Führen von Vermögensprozessen u. s. w. Selbst wenn man der gewöhnlichen Ansicht folgt, so wird ja dem bevormundeten Minor keineswegs für seine Person die Befugniß, selber durch Verträge über sein Vermögen zu disponiren, ganz entzogen, und lediglich dem Curator übertragen. Denn es wird ja zugegeben, daß der Minor mit Consens seines Curators dergleichen Verträge abschließen kann, und daß selbst der späterhin nachfolgende Consens des Curators

genüge. Man sieht also, der Minor sollte in Rücksicht der Vermögensdispositionen nur einigermaaßen durch den Curator beschränkt werden. Daß aber diese Beschränkung so weit gehen sollte, daß der Minor ohne Curator sein Vermögen gar nicht verpflichten könne, ist eben eine Behauptung, die nicht in der Natur des Verhältnisses ihren nothwendigen Grund hat und darum ohne besonderen Ausspruch der Gesetze, oder gar gegen denselben nicht angenommen werden darf.

Eben so wenig steht mit unserer Theorie im Widerspruche der Umstand, daß im römischen Rechte gesagt wird, die Curatoren seien da, *ut adolescentes eorum auxilio regantur*. Denn, wem gesetzlich ein Anderer beigegeben ist, um sein Vermögen zu verwalten, ohne dessen Beistand er keine Administrationshandlung in dem engeren eigentlichen, oben erklärten Sinne vornehmen kann, von dem läßt sich doch wohl sagen, daß er *auxilio* jenes Anderen geleitet werde. Dazu kommt, daß, wie sich von selbst versteht, der Curator auch äusserdem, wo ihn der Minor um Beistand und Rath bittet, verpflichtet ist, ihm beizustehen und zu rathen, selbst in Angelegenheiten, bei welchen der Minor nicht unbedingt schon durch gesetzliche Bestimmung an den Beistand des Vormundes gewiesen ist [1]).

Endlich fragt es sich noch, ob denn überhaupt, nach unserer Theorie, der eigentliche Zweck der Cura Aetatis gehörig erreicht werden könne. Auch das läßt sich vollkommen befriedigend bejahen.

Denn, was zuvörderst den Punct betrifft, daß die Adulti nicht ohne Rath und Hülfe bleiben sollen, so springt es in die Augen, daß der Minor, welcher bei den wichtigsten, eigentlichen Administrationshandlungen schon gesetzlich

---

1) fr. 30. D. 26, 7.

an den Consens des Curators gewiesen ist, weil sie ohne denselben unwirksam bleiben, der in allen übrigen Vermögensangelegenheiten, wo er etwa in Verlegenheit ist und sich nicht zu helfen weiß, sich freiwillig um Rath an den Curator wenden kann, gewiß nicht unberathen, nicht ohne *auxilium curatorum* ist.

Es kann aber auch ferner der Zweck, das Mündelvermögen durch die Vormundschaft zu schützen, *tueri*, sehr wohl bei einer freieren Befugniß des Minor, sein Vermögen auch ohne Consens des Curators zu obligiren, bestehen.

Denn, wenn, nach dem Bisherigen, der Vormund das Vermögen unter Händen hat, an ihn zunächst die Zahlungen geschehen, so hängt es auch von ihm ab, wie viel er dem Mündel zu seiner Disposition und zur Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse aussetzen und auszahlen will. Er kann ihm dabei mehr oder weniger baares Geld zu seiner Verfügung in die Hände geben, je nachdem er, nach der Individualität und nach dem Alter seines Mündels, es für räthlich und zweckmäßig hält. Er kann ihn in dieser Beziehung allmählig daran gewöhnen, mit dem Gelde gehörig zu wirthschaften und umzugehen. Ueber dieses ihm überlassene Geld kann der Minor im Ganzen frei und ohne Zuziehung des Curators disponiren, damit Verträge schließen, kaufen, miethen u. s. w. Er ist zwar nicht direct gehindert, noch weiter zu gehen, und durch seine Verträge über mehr zu verfügen, als ihm so zur regelmäßigen Ausgabe vom Vormunde angewiesen ist; es steht vielmehr jedem frei, ihm noch weiter Credit zu geben. Wohl aber liegt eine indirecte Hinderung in dem ganzen Vormundschaftsverhältnisse.

Denn das gewöhnliche Mittel, sich Geld zu verschaffen, durch Verkaufen von Sachen, ist dem Minor ohne Zuziehung seines Curators, ja sogar meist auch der Obrigkeit,

ganz entzogen. Eben so wenig kann er auf bedeutenden Credit rechnen, wenn er etwa leihen will. Denn schon an sich wird nicht leicht jemand ohne Zuziehung des Curators dem Minor baares Geld als Darlehn anvertrauen, weil, nach dem Obigen, wenn der Minor das Geld verliert, oder unnütz durchbringt, dem Creditor die Klage auf Wiederbezahlung denegirt wird [1]). Auch fehlen dem Minor sonst die gewöhnlichen Mittel, sich Credit zu verschaffen. Denn namentlich durch Pfandbestellung kann er keine Sicherheit geben, ohne Zustimmung des Curators und der Obrigkeit [2]). Eine natürliche Folge davon wird sein, daß Dritte nur sehr vorsichtig dem Minderjährigen creditiren, in zweifelhaften Fällen sich erst an den Vormund anfragend wenden, um sich dessen Zustimmung zu versichern, und wenn sie diesen dagegen gestimmt finden, lieber den Credit versagen werden. Denn allerdings steht es in dem Belieben des Curators, liegt sogar in seiner Amtspflicht, die Bezahlung unnöthiger, ohne seinen Consens contrahirter Schulden des Mündels zu verweigern, so daß dann die Creditoren gegen die Schuldner mit Nachdruck und Wirksamkeit erst nach erlangter Großjährigkeit auf Zahlung dringen können [3]).

Ausserdem darf auch noch die ausgedehnte Befugniß des Minor, wenn er durch irgend ein Rechtsgeschäft ver-

---

1) fr. 27. pr. D. 4, 4. S. ob.

2) S. ob.

3) Nur in sofern liegt etwas entfernt Wahres in der von einigen Rechtslehrern ausgesprochenen Ansicht, daß der Minor zwar ohne seinen Curator sein Vermögen durch Verträge verpflichten könne, daß er aber erst nach aufgehobener Cura auf Bezahlung und Erfüllung verklagt werden könne. Der Minor wird in der That aus seinen ohne Curator abgeschlossenen Verträgen schon früher verpflichtet; aber der Curator kann freilich die Erfüllung indirect hindern, indem er dem Mündel die Mittel dazu, das Geld, verweigert.

kürzt worden ist, Restitution dagegen zu verlangen, nicht außer Acht gelassen werden. Diese ist vielmehr hier in doppelter Hinsicht wichtig. Denn sie sichert vorerst den Minor gegen die nachtheiligen Folgen eines unüberlegt, ohne Consens seines Curators abgeschlossenen Vertrages, so daß schon aus diesem Grunde, seit der Ausbildung der Restitutio Minorum, dem Minor weit unbedenklicher das gewöhnliche Paciscieren ohne Curator gestattet werden konnte. Dagegen läßt sich nicht einwenden, daß ja trotz dieses Restitutionsprivilegii, die **Unmündigen** ohne ihren Tutor nicht sich obligiren können. Denn bei diesen liegt ja der Grund in der **Unvollständigkeit** des erst zu ergänzenden rechtlichen Willens, die durch das Restitutionsinstitut nicht gehoben wurde. Allein auch ein anderer Umstand ist dabei nicht zu übersehen. Es wurde nämlich dem Minor nicht überall und immer, auf sein Verlangen, sondern nur, nach den Umständen, *uti quaeque res erat* [1]), vom Prätor Restitution versprochen. Es wird namentlich davor gewarnt, den Minor gar zu leicht und häufig zu restituiren, damit er nicht ganz creditlos werde und ihm gewissermaaßen dadurch das Commercium entzogen werde [2]). Wenn gleich nun der Umstand, daß der Minor mit Zuziehung seines Curators gehandelt, die Restitution nicht ausschloß [3]), so war es doch sehr natürlich, daß in dergleichen Fällen schon mit mehr Vorsicht und Bedenklichkeit restituirt wurde, als da, wo der Minor allein für sich gehandelt, und wo in der That das lubricum aetatis et fragile consilium, multis captionibus suppositum, worauf sich der Prätor zunächst als Grund der Restitution beruft [4]), in Betracht kommt.

---

1) fr. 1. §. 1. D. 4, 4.
2) fr. 24. §. 1. D. 4, 4.
3) fr. 47. pr. D. 4, 4. c. 3 u. 5. C 2, 25.
4) fr. 1. pr. D. 4, 4.

Eine natürliche Folge davon war gewiß die, daß vorsichtige Leute, ehe sie sich mit dem Minor in einigermaaßen wichtige, bedenkliche Vertragsverhältnisse einließen, zu ihrer eigenen Sicherheit entweder selber erst bei dem Curator anfragten, oder dem Minor erklärten, daß sie ohne Zuziehung seines Curators sich mit ihm in das Geschäft nicht einlassen würden. Dadurch fielen denn schon von selbst mancherlei Veranlassungen zu bedenklichen Verträgen hinweg.

Trieb es übrigens ein Minor zu arg, fieng er wirklich an, so zu vergeuden und liederlich zu verschwenden, daß die angegebenen gewöhnlichen Beschränkungsmittel, die dem Curator zustanden, nicht genügten, so stand es sicher dem Curator frei, um sich vor Verantwortlichkeit zu sichern, ja! war wohl sogar seine Schuldigkeit, die gehörige Anzeige davon der Obrigkeit zu machen, und dafür zu sorgen, daß sein Pflegbefohlener auch pro Prodigo erklärt werde. Denn, daß auch dem Minor, wegen seiner verschwenderischen Lebensart, bonis interdicirt werden konnte, dafür haben wir die bestimmtesten Zeugnisse [1]. Darin liegt wieder ein neuer Beweis, daß der bevormundete Minor, in Rücksicht seiner Fähigkeit durch Verträge sein Vermögen zu verpflichten, nicht dem Prodigus gleichstand. Denn sonst würde ja eine jede Veranlassung, ihn pro Prodigo zu erklären, während seiner Minderjährigkeit hinwegfallen, indem er schon durch den Altersvormund auf gleiche Weise, wie der Prodigus durch seinen besonderen

---

1) fr. 27. pr. D. 4, 4.

„Ex quo apparet, ceteros agnatos vel adfines alterius esse conditionis; nec aliter esse audiendos, quam si voluntate adolescentis postulent, *aut ejus vitae sit adolescens, ut merito etiam bonis ei debeat interdici.*“

Vergl. auch v. Glück Erl. d. Pand. B. 30. S. 32.

Curator, beschränkt gewesen sein würde. Das ist freilich wahr, der verschwenderische Minor, welcher pro Prodigo erklärt wurde, erhielt nicht, neben und außer seinem Altersvormunde, oder statt desselben, einen anderen besonderen Curator. Er behielt vielmehr den bisherigen Altersvormund, der unter demselben Namen, als Adulti Curator, auch das Amt eines Curator Prodigi zu verwalten hatte. Allein im Wesentlichen wurde doch jetzt der Minor selbst den gewöhnlichen Beschränkungen, wie ein Prodigus, unterworfen [1]).

Während nun so, auf der einen Seite, der eigentliche Zweck der Cura Minorum auch bei Gestattung einer solchen größeren Dispositionsfreiheit und Selbstständigkeit des Minor erreicht werden kann, erscheint dieselbe sogar auf der anderen Seite in rechtsphilosophischer Hinsicht dem Wesen und der Natur des Verhältnisses weit angemessener. Es ist nämlich gewiß eine sehr vernünftige Idee, daß der junge Mensch allmählig, mit mehreren Uebergängen, an die eigene Benutzung und Verwaltung seines Vermögens gewöhnt wird, so wie er ja auch allmählig an Alter, Klugheit und Erfahrung zunimmt. Nach der gewöhnlichen Theorie findet nun aber ein solcher allmähliger Uebergang gar nicht Statt, indem danach der bevormundete Pubes im Grunde eben so wenig, als der bevormundete Impubes, selbstständig sein Ver-

---

1) Nach Analogie von c. 1. C. 5, 70. vergl. mit fr. 3. pr. u. §. 1. D. 26, 1. *Jac. Oiselius* et *Ant. Schulting* ad *Gaji* Inst. lib. I. tit. 8. not. 7. (Jurispr. antejust. p. 67.) v. Glück B. 30. S. 32 u. f. Es verhält sich nämlich mit dem verschwenderischen Minor gerade so, wie mit dem wahnsinnigen. Auch der Letztere erhielt, so lange er Minor war, keinen besonderen Curator Furiosi, sondern nur einen Curator Aetatis; allein es versteht sich, daß er nun dennoch im Ganzen als Furiosus behandelt wurde, und nicht als gewöhnlicher Minor. Er hatte jetzt *nullam voluntatem*, und konnte nicht ein Mal mit Zuziehung seines Altersvormundes Rechtsgeschäfte abschließen.

mögen durch Verträge obligiren kann. Das erscheint denn auch um so auffallender, weil doch das römische Recht zwischen dem Impubes und dem unbevormundeten Pubes einen so auffallenden Unterschied eintreten läßt. Zu diesem natürlichen Verhältnisse paßt gewiß weit besser die von mir vertheidigte Ansicht, wonach ein solcher zweckmäßiger Uebergang zu einer größeren Vertragsfreiheit, mit der erreichten Mündigkeit, selbst für den bevormundeten Minor Statt findet.

Es bleibt mir noch übrig, die hier aufgestellte Theorie gegen manche Einwendungen, die entweder wirklich dagegen versucht worden sind, oder doch mit einigem Scheine aufgestellt werden könnten, so weit sie nicht schon in dem Bisherigen beiläufig ihre Erledigung erhalten, zu vertheidigen.

Vorerst hat Noodt [1]) sich berufen auf

[2]) *Paulus* libro XI. ad Edict.

„Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.“

Noodt bezieht das nämlich auf die Jahrgebung, wodurch der Minor auch das Recht, sich zu obligiren, erhalte. Allein es ist schon von Anderen [3]) mit vollem Grunde dagegen bemerkt worden, daß Paulus hier gar nicht von der Venia Aetatis, sondern von den Sententiam Passis et Restitutis redet. Selbst wenn man die Stelle auf die Venia Aetatis beziehen wollte, würde sie das, was man damit bezweckt, nicht beweisen [4]).

---

1) de Pact. et transact. c. 20.

2) fr. 40. D. 50, 16.

3) Namentlich von *Wissenbach* ad Instit. Disp. 8. §. 2. und von *Marckart* c. l. pag. 146.

4) *Marckart* c. l.

Man könnte ferner, obgleich mir in der That niemand bekannt ist, der dieses hervorhebt, ein Argument für die gewöhnliche Ansicht herleiten wollen aus dem Inhalte der Lex Plätoria. Denn, nach einer beiläufigen Notiz von Priscianus[1]), soll die Lex Plätoria dem Minor verboten haben das Stipulari, was hier wohl so viel heißen soll, als ex Stipulatu obligari. Allein, abgesehen davon, daß auf eine solche beiläufige Notiz eines späteren Grammatikers nicht viel Gewicht gelegt werden kann, wissen wir ja gar noch nicht, wie sich dieses nach der Lex Plätoria verhielt und wie das mit den Curatoren ex Lege Plätoria zusammenhieng. Denn, daß der Minor nur mit Consens seines Curators sich habe durch Stipulation obligiren können, liegt durchaus noch nicht in den Worten. Es ist sogar mehr als wahrscheinlich, namentlich aus einer Stelle von Plautus[2]), so wie aus dem inneren geschichtlichen Zusammenhange der Lex Plätoria *mit* der Entstehung der Restitutio Minorum, daß Priscian hat sagen wollen, der Minor werde gegen nachtheilige Stipulationsverträge ex Lege Plätoria in integrum restituirt, und als Nichtjurist die Begriffe verwechselt habe. Indessen, selbst wenn nach der Lex Plätoria, vor der völligen Ausbildung der Restitutio Minorum, eine solche Beschränkung der Minderjährigen Statt gefunden haben sollte, so folgt daraus doch für das neuere römische Recht nicht das Mindeste.

---

1) S. ob. S. 381. not. 1.

2) Rudens V. 3. v. 25 sq.

„Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem
Quinque et viginti natus annos . . .

Es klingt dieses ganz wie die Einrede des Dolus, oder der Restitutio in integrum. Vergl. *Taubmanni* not. ad *Plaut.* c. l. A. M. ist *Hetzer* in der citirten Dissertation §. X. not. f.

Denn, es war, wie schon oben gezeigt worden [1]), die Curatel, welche für gewisse bestimmte minderjährige Individuen, die erweislich unfähig waren, ordentlich ihre Rechtsgeschäfte abzuschließen, durch die Lex Plätoria eingeführt worden sein soll, in jeder Beziehung verschieden von der allgemeinen Cura Aetatis, die sich im neueren römischen Rechte und unseren Rechtsquellen findet. Ein Schluß von jener auf diese ist um so weniger zulässig, weil ja die ganze Lex Plätoria im neueren römischen Rechte längst aufgehoben ist und mit ihr alle Folgen derselben von selbst hinwegfallen mußten. Sollte aber noch irgend ein Zweifel aus jenen Worten Priscian's und aus der Lex Plätoria für unser Pandektenrecht übrig bleiben, so wird er sicher vollkommen gehoben durch das von Modestinus [2]) und Paulus [3]) aufgestellte Prinzip: puberes sine curatoribus suis ex stipulatu possunt obligari.

Einen dritten Einwand könnte man entlehnen aus der Novelle 115. Cap. 3. §. 13. Hierin scheint nämlich, als besondere Ausnahme von der Regel, dem Minor erlaubt zu sein, zum Zwecke der Loskaufung seiner gefangenen Eltern, auch ohne Consens des Curators ein Mutuum gültig aufzunehmen [4]). Allein das ist offenbar der wahre Sinn jener Stelle nicht. Dort ist die Rede von den gesetzlichen Gründen, aus welchen die pflichttheilsberechtigten Descendenten von ihren Ascendenten gültig enterbt werden können, bei welcher Gelegenheit Justinian einen allgemeineren s. g.

1) S. 419 u. f.

2) fr. 101. D. 45, 1.

3) fr. 43. D. 44, 7.

4) v. Meyer a. a. O. S. 70 u. 71., der jedoch sich darauf nicht zunächst als Beweisstelle für die gewöhnliche Ansicht beruft, sondern nur beiläufig, bei Prüfung der einzelnen Verträge, welche der Minor allein, oder nur mit Zuziehung des Curators abschließen kann, darauf kommt.

Indignitätsfall einführt. Wenn nämlich überhaupt jemand, der, sei es als Descendent, oder als sonstiger zur Intestatfolge berufener Verwandter, oder als extranea Persona [1]) im Testamente zum Erben eingesetzt oder ab intestato berufen ist, es erfahren, daß der dereinstige Erblasser in Gefangenschaft gerathen, und dennoch sich keine Mühe giebt, denselben daraus zu befreien, so soll ihm, wenn der Erblasser nunmehr in der Captivitas verstirbt, die zugedachte Erbschaft als einem Indignus weggenommen werden und zum Zwecke einer Stiftung zur Loskaufung von Captivi der Kirche zufallen. Doch soll die Versäumung dieser Pflicht, den künftigen Erblasser zu befreien, nur dann die Strafe der Indignität nach sich ziehen, wenn der berufene Erbe über 18 Jahr alt war. Daran knüpft nun Justinian noch Folgendes:

„In hujusmodi vero causis, quando pro captivorum redemtione necessarium fuerit dare pecunias, si quis proprias pecunias non habuerit, licentia erit ei, si memoratae sit aetatis, mutuandi pecunias et res mobiles vel immobiles supponendi, sive propriae ipsius sint, sive illius, qui in captivitate detinetur; quoniam in praedictis omnibus, quae pro captivorum redemtione data vel expensa probabuntur, contractus hujusmodi *tanquam a persona suae potestatis et legitimae aetatis factos, ita firmos esse decernimus*; nullo eis, qui cum hujusmodi personis in memoratis causis quo praedictum est modo, contraxerint, praejudicio generando; necessitatem scilicet habente eo, qui ex captivitate redierit, tales contractus ratos habere et eis, tamquam suis debitis obligari."

1) Dieser Punct wird gewöhnlich, bei Angabe des Indignitätsfalles, ganz übersehen.

Gewiß ist es, daß hier demjenigen, welcher die Verpflichtung hat, den Gefangenen auszulösen, also dem berufenen Erben desselben, wenn er nur über 18 Jahr alt ist, mancherlei ungewöhnliche Dispositionsbefugnisse, welche er in der Regel nicht hat, zugestanden werden. Gewiß ist es ferner, daß darunter Befugnisse sind, welche Ausnahmen von dem, was sonst ein Filiusfamilias und ein Minor darf, enthalten. Darauf gehen die Worte der Novelle: tanquam a persona *suae potestatis* (bei Hombergk: *sui juris*) et *legitimae aetatis*. Allein daraus folgt noch keineswegs, daß das, was ausnahmsweise dem Minor als solchem gestattet wird, das Aufnehmen eines Mutui ist. Wir müssen vielmehr drei, dem berufenen Erben für den Fall, wenn er selbst kein Geld zur Auslösung des Erblassers hat, von Justinian eingeräumte Befugnisse unterscheiden. Er soll ein Mal ein Darlehn an Geld aufnehmen dürfen. Das ist offenbar eine Ausnahme, die sich auf den Filiusfamilias und das Senatusconsultum Macedonianum bezieht. Denn was wäre es denn sonst, was dem Filiusfamilias, als solchem, besonders gestattet wurde, da er bekanntlich in dieser Eigenschaft an Vornahme von Veräusserungen, und namentlich am Verpfänden seiner Sachen, gar nicht gehindert ist, und doch von Justinian erwähnt ist? Gestattet wird ferner, seine eigenen Sachen, bewegliche und unbewegliche zu verpfänden. Das geht eben auf den Minor als solchen. Denn der kann nach neuerem römischen Rechte weder verkaufen, noch verpfänden [1]). Es soll aber auch gestattet sein, ohne weiteres, zum Zwecke der Anschaffung des nöthigen Geldes, die Sachen des Captivus selbst, also fremde Sachen mit Wirksamkeit zu verpfänden. Das ist eine allgemeine Ausnahme für alle Personen [2]).

---

1) S. ob. S. 406 u. f.

2) Blos beiläufig mag hier bemerkt werden, wie allerdings in un-

Endlich läßt sich auch nicht behaupten, daß die Theorie des römischen Rechtes durch unsere deutschen Reichsgesetze aufgehoben oder geändert worden sei. Denn, obgleich über den Sinn des hierher gehörigen Reichsgesetzes [1]) vielfach gestritten worden ist, namentlich ob dadurch der ganze Unterschied zwischen Pupillen und Minderjährigen, Tutoren und Alters-Curatoren, so wie ferner der Grundsatz, daß dem Minor regelmäßig nur auf sein eigenes Nachsuchen ein Curator bestellt wird, als aufgehoben zu betrachten sei [2]), so liegt doch sicher keine specielle Andeutung darin, daß der bevormundete Minor ohne Curator sein Vermögen durch Verträge gar nicht verpflichten könne, daß er in dieser Beziehung nach deutschem Rechte strenger gehalten werden solle, als nach römischem. Nur, wenn man behaupten wollte, es sei überhaupt durch die Reichspolizeiordnung der Minor dem Pupillen in jeder Beziehung gleichgestellt worden, würde implicite jene Aenderung darin liegen. Allein, da man in der neueren Zeit wohl ziemlich allgemein zu der richtigen Ansicht sich vereinigt hat, daß noch immer der römisch-

---

seren Lehr- und Handbüchern des römischen Rechtes der Inhalt dieser Verordnung Justinian's, nicht so, wie gewöhnlich geschieht, übersehen werden dürfte. Zuvörderst müßte er bei den Ausnahmsfällen, wo das Senatusconsultum Macedonianum cessirt, seinen Platz finden. Dann aber auch in der Lehre von der Verpfändung bei der Frage, in wie fern fremde Sachen mit Wirksamkeit verpfändet werden können. Endlich in der Lehre von der Vormundschaft, als Ausnahme von der Regel, daß der Mündel nicht allein ohne Curator veräussern und verpfänden kann.

1) Reichspol. Ord. v. J. 1548. Tit. 31. §. 1. v. J. 1577. Tit. 32. §. 1.

2) v. Glück Erl. der Pand. B. 30. §. 1322. a.

rechtliche Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen, Pupillen und Curanden fortbesteht, so mögte es überflüssig erscheinen, in diese als geschlossen zu betrachtende Controverse nochmals einzugehen. Auch haben diejenigen, welche dem bevormundeten Minderjährigen die Fähigkeit, sein Vermögen ohne Zuziehung des Curators durch Verträge zu verpflichten, absprechen, sich dafür immer nur auf das römische Recht selbst berufen.

XIII.

Ueber die Klage des Verkäufers von Staatspapieren auf Zeit gegen den säumigen Käufer.

Von dem Herrn Dr. Ed. Fr. Souchay,
Advocaten in Frankfurt a. M.

---

§. 1.

In neuerer Zeit haben die Lieferungsverträge von Staatspapieren manche verwickelte Rechtsstreitigkeiten hervorgerufen; namentlich ist oft die Frage aufgeworfen worden, ob der Verkäufer, wenn ihm die Papiere nicht zu gehöriger Zeit von dem Käufer abgenommen werden, solche für Rechnung des lezteren, nach vorgängiger fruchtloser Mahnung zum Bezug, zu verkaufen und von ihm den Mindererlös (die s. g. Differenz, Unterschied zwischen dem, was ihm dafür versprochen war und was er durch Weiterverkauf erhalten hat) einklagen darf? —

Zwar wird diese Frage nunmehr von der bedeutenden Mehrzahl unserer Juristen bejahend beantwortet, und möchte eine weitere Unterstützung dieser Ansicht kaum nöthig erscheinen. Indessen ist der Gegenstand durch seinen Zusammenhang mit mehreren allgemeinen Rechts-Lehren noch immer sehr interessant.

Die Verkäufer können in dem vorausgesetzten Falle die Gültigkeit ihres Verkaufs und ihrer Klage durch dreifache Gründe unterstützen:

1) weil der Schuldner, welcher die Erfüllung seiner Verbindlichkeit dem Berechtigten vergeblich angeboten hat, für

lezteren zu nichts mehr verbunden ist, sondern sich des Gegenstandes der Verbindlichkeit, wenn ihm dessen fernere Aufbewahrung lästig ist, auf die bestmögliche Weise (mithin auch durch Verkauf) entledigen darf. Wenn er sich dieses Rechtes bedient, so verliert er dadurch nichts an seinen erworbenen sonstigen Befugnissen. Der Verkäufer von Staatspapieren kann diese also für Rechnung des in der Annahme säumigen Käufers veräußern und demungeachtet von diesem den Kaufpreis einfordern, abzüglich dessen, was er durch Weiterverkauf dafür gelöst hat;

2) weil überhaupt nicht immer auf Erfüllung eines Vertrags geklagt werden muß, sondern auch unter gewissen Umständen gegen den säumigen Contrahenten auf Schadensersatz, wegen Nichterfüllung, sofort geklagt werden kann. Dieser Schadensersatz beträgt, wenn von verkauften und nicht abgenommenen Staatspapieren die Rede ist, gerade so viel, als diese am Tage der versprochenen Abnahme im Curs niedriger wie der Verkaufspreis stehen;

3) weil (in der Regel) den Lieferungsverträgen von Staatspapieren auf Zeit die Clausel beigefügt ist, daß die Verbindlichkeit mit Ablauf des zur Lieferung gesetzten Tages erloschen seyn soll, welche Clausel nach der gewöhnlichen Ansicht ein pactum commissorium enthält, und den Verkäufer, bei eintretendem Verzuge des Käufers, von der Lieferung entbindet, ohne ihm seine Ansprüche auf Schadensersatz, also die Differenzklage, zu benehmen.

Diese Gründe für die Gültigkeit eines Weiterverkaufs zu gehöriger Zeit nicht abgenommener Staatspapiere und einer Entschädigungsklage gegen den säumigen Käufer sind jedoch mehrfach angefochten, namentlich gleich der erste, welchen Z i m m e r n (in dem Archiv für civilist. Praxis Bd. III. H. 1. S. 121 — 131.) zuerst recht klar hervorgehoben hat, von Meister's Hand bekämpft und unter die Irrthümer

neuerer Theorien eingereiht worden (Thibaut in dem zivilist. Archiv. Bd. V. S. 332 — 337.).

Eine nochmalige Prüfung ist nicht allein in Bezug auf den Verkehr mit Staatspapieren, sondern für unser ganzes Rechtssystem interessant.

§. 2.

Wir haben eine Reihe von Fragmenten, welche unbedingt sagen, daß eine Schuld, deren Berichtigung zu gehöriger Zeit von dem Verpflichteten angeboten, aber von dem Berechtigten nicht angenommen worden ist, für berichtigt gelten soll.

Fr. 9. in f. D. de solut.
Fr. 72. pr. eod.
Fr. 105. D. de Verb. Obl.
Fr. 39. D. de Reg. J.

Wir haben auf der anderen Seite eine Reihe von Fragmenten, welche bei Geldschulden, wenn der Gläubiger die Zahlung zu gehöriger Zeit nicht annimmt, Deposition auf dem Gericht von Seiten des Schuldners verlangen, widrigenfalls die Verbindlichkeit zur Zahlung der Zinsen, mithin um so mehr des Capitals, fortdauern soll.

Fr. 1. §. 3. D. de usur.
Fr. 7. eod. Fr. 18. §. 1. eod.
Fr. 41. §. 1. eod. Fr. 28. §. 1. D. de adm. et peric. tut. c. 6. 9. 19. C. de usuris u. a.

Die Frage ist: wie sind diese Fragmente zu vereinigen?

Zimmern versucht diese Vereinigung dadurch zu bewirken, daß er die in den ersten Fragmenten gegebene allgemeine Regel stehen läßt, und ihr die in den letzteren enthaltene Ausnahme hinzufügt; Thibaut mit anderen dadurch, daß er die in den ersteren Fragmenten enthaltene allgemeine Regel, wegen der letzteren Fragmente, gleich

wieder in sich beschränkt, und bei allen dazu geeigneten beweglichen Sachen gerichtliche Deposition verlangt, damit die Verbindlichkeit des Schuldners erlösche.

Zimmern sucht seine Ansicht auf folgende Weise zu rechtfertigen: Wenn auch die Regel ist, daß derjenige, welcher die Erfüllung einer Verbindlichkeit auf gehörige Weise, jedoch ohne Erfolg, angeboten hat, zu keinen weiteren Leistungen verbunden seyn soll, so scheint es doch auf der anderen Seite unbillig, daß er sich durch fremdes Gut bereichere. Das Geld, oder jede andere Sache, welche jemand seinem Gläubiger vergeblich angeboten hat, muß er freilich, wenn sie verloren geht, nicht noch einmal geben, die Gefahr geht also auf den in der Annahme säumigen über; damit ist aber nicht gesagt, daß der Schuldner diese Sache gleichsam als eine herrnlose behalten dürfe; sondern er wird durch die Nichtannahme von Seiten des Gläubigers ihr Bewahrer, sein Verhältniß wird dem eines negotiorum gestoris gleich [1]).

Wenn aber diese Bewahrung zu seinem eigenen Schaden gereicht, so kann er sich derselben auf die bestmögliche Weise entledigen.

So wenig es nun gebilligt wird, daß er diese Sache selbst sich wegen der Säumniß eines Dritten und ohne allen anderen Grund zueigne, eben so könnte man es unbillig finden, daß er den ihm aus derselben noch nach jener Säumniß erwachsenen Nutzen behalte, und weil aus fremdem Geld leicht Nutzen zu ziehen, der gezogene aber nicht leicht zu erweisen ist, so hielten es die Juristen für unbillig, von dem bloßen Leugnen dieses gezogenen Nutzens eine unrechtmäßige Bereicherung des Schuldners abhängig zu machen, und forderten deshalb gerichtliche Deposition der Geldschuld.

1) Weil er jedoch diese Bewahrung nur durch die Säumniß des Eigenthümers gezwungen übernimmt, so haftet er nur für dolus und culpa lata — dolo aequiparata. —

Dieser Grund der Ausnahme von jener allgemeinen Regel ist wenigstens denkbar und wahrscheinlich genug, tritt aber nur bei Geldschulden hervor, wie Zimmern a. a. O. (S. 126.) ausgeführt hat.

Sehen wir nun selbst, ob wir durch andere überwiegende Gründe zur Annahme mehrerer Ausnahmen von jener allgemein ausgesprochenen Regel: „die angebotene, jedoch „nicht angenommene Erfüllung einer Verbindlichkeit befreit „den Schuldner (Fr. 72. pr. D. de solut. Pro soluto id, „in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse)" gezwungen werden? oder vielmehr, ob wir jene so allgemein ausgesprochene Regel gleich wieder durch den Nachsatz beschränken dürfen:

„nämlich dann befreit das Anerbieten der Erfüllung den „Schuldner, wenn er die von dem Gläubiger nicht an„genommene bewegliche und zur Deposition geignete „Sache gerichtlich deponirt."

Man müßte, wenn dem also wäre, wenigstens den Compilatoren des Corpus Juris eine große Ungeschicklichkeit vorwerfen, daß sie die Regel und die Beschränkung so weit auseinander gerückt und die erstere so unbedingt ausgesprochen haben.

Ein Hauptargument gegen die unseres Bedünkens richtige Ansicht von Zimmern soll dieses seyn:

Wenn man die Allgemeinheit jener Gesetze (nämlich Fr. 72. pr. et Fr. 9. de solut. Fr. 105. D. de Verb. Oblig. Fr. 39. D. de Reg. jur.) als etwas Unbeschränktes nehmen wolle, so sey damit auch die neue (Zimmernsche) Theorie geschlagen. Denn was allgemein mit Rücksicht auf Sklaven in Fr. 105. de V. O. und Fr. 9. in f. de solut. stehe, das sey mit Rücksicht auf Geldschulden eben so allgemein in Fr. 72. pr. de solut. gesagt [1]).

1) Thibaut a. a. O. S. 335.

Dieses Argument fällt natürlich zusammen, wenn in dem zuletzt angeführten Fragment (72. pr. D. solut.) nicht erweislich von Geldschulden die Rede ist. Auf eine Geldschuld kann nur aus den Worten: *pro soluto* und *creditor* geschlossen werden; allein die allgemeine Bedeutung des Wortes creditor ist: Gläubiger, d. h. der etwas zu fordern hat, nicht gerade Geld, und die allgemeine Bedeutung des Wortes solvere: eine Verbindlichkeit auflösen, berichtigen, daher auch schuldiges Geld zahlen, nicht aber nothwendig dieses letztere. Der Beweis dieser Behauptung liegt gleich in Fr. 105. de V. O. Hier ist von der Verbindlichkeit zur Ablieferung eines Sklaven die Rede, und doch wird der Ausdruck *solvere* gebraucht, und der, welcher ihn abzuliefern hat, *debitor* (Gegensatz von creditor) genannt. —

Ein weiteres Argument gegen die Zimmern'sche Ansicht soll in Nov. 91. cap. 2. gefunden werden.

Hier heiße es allgemein: „secundum leges recondat, womit nicht ein zufälliges Factum, sondern nur die gesetzlich nothwendige Depositio (depositio secundum leges) angedeutet werden könne, und doch sey hier schlechthin von einer dos mobilis und nicht blos von Geld die Rede [1]).

Allein uns scheint diese Novelle vielmehr zur Unterstützung der Zimmern'schen Ansicht dienen zu können. Denn es steht offenbar darin, daß der Schuldner noch mehr als seine Schuldigkeit thut, wenn er deponirt:

> Pars autem mulieris contestetur et parata sit haec solvere, aut etiam *aliquid majus* peragere, et offerat *forsan*, et si mobilis sit, signacula etiam imponat et secundum leges recondat.

Als eine Klugheitslehre konnte immer die Deposition ange-

1) S. Thibaut a. a. O. S. 336.

rathen werden. Denn, da der Schuldner durch den Annahme-Verzug des Gläubigers sich nicht gerade den früher schuldigen Gegenstand als eine herrnlose Sache zueignen darf, sondern denselben, sofern er noch existirt, auch später herausgeben, und, so lange er ihn bewahrt, mit einer gewissen Sorgfalt behandeln muß [1]), so ist die Deposition allerdings gerathener, um aller Verantwortlichkeit zu entgehen.

Depositio secundum leges wird übrigens viel besser durch: „Deposition nach gesetzlicher Vorschrift" übersetzt, als durch: „gesetzlich nothwendige Deposition." Und worin die Deposition einer beweglichen Sache nach gesetzlicher Vorschrift besteht, ist eben in derselben Novelle, so wie in Fr. 1. §. 36. depositi ausgesprochen: Die zu deponirende Sache soll gehörig bezeichnet werden: signacula imponat.

Endlich wird als Argument gegen die Ansicht Zimmern's Fr. 1. §. 36. depositi angeführt. Hier werde zuerst von Geldsummen, deren Versiegelung und Deposition geredet, darauf weiter gehandelt von anderen untheilbaren Mobilien, und hierüber für den Fall, daß der Gläubiger nicht leistet, was er leisten soll, ausdrücklich gesagt: satisdatione non interveniente, *rem deponi*, et omni actione depositarium liberari [2]).

Allein in dem in diesem Fragment unterstellten Fall war der Schuldner zur Erfüllung und der Gläubiger zur Annahme bereit, und nur der Anspruch mehrerer auf eine untheilbare Sache verhinderte die Ausgleichung. Hier wird zur Befreiung des Schuldners das Auskunftsmittel der Deposition gegeben, und es springt in die Augen, daß der Fall, wo der Gläubiger zur Annahme bereit ist, die gefor-

---

1) S. was hierüber oben gesagt wurde.

2) S. Thibaut a. a. O. S. 337.

derte Caution wegen etwaiger Ansprüche Dritter aber nicht leisten kann, sehr weit von dem verschieden ist, wo er ersteres unbedingt weigert.

Wir halten nun eine weitere Auseinandersetzung der Gründe für und wider die Ansicht von Zimmern nicht erforderlich, indem die letzteren zum Theil schon in der obigen Ausführung widerlegt sind, zum Theil auf Mißverständniß beruhen, und kehren zu unserem Hauptgegenstand zurück, für welchen sich folgendes Resultat ergiebt:

> Eben so wohl als jemand den Wein, der ihm nicht zu rechter Zeit abgenommen wird, nach Fr. 1. §. 34. Fr. 2. 4. D. de peric. et commodo r. v. für Rechnung des Käufers weiter verkaufen und von diesem den Mindererlös einklagen darf, eben so wohl darf dieses der Verkäufer von Staatspapieren in gleichem Falle. Die Verbindlichkeit von beiden erlischt durch die Säumniß des Käufers; es bleibt ihnen aber die Bewahrung der verkauften Sache, von welcher sie sich, wenn sie ihnen lästig wird, auf die bestmögliche Weise befreien mögen. Diese bestmögliche Weise ist der Weiterverkauf.

Es braucht kaum erinnert zu werden, daß, wenn die römischen Juristen dieses dem Verkäufer von Wein schon wegen dem Bedürfniß der Fässer gestattet haben, wir noch viel weniger Bedenken tragen können, dieselbe Befugniß dem Verkäufer von Staatspapieren einzuräumen. Denn wie viel mehr Gefahr droht ihm noch in der Bewahrung der Papiere für den säumigen Käufer! Wie tief und schnell können die Curse sinken! Wer deckt ihn für die hieraus entstehende Gefahr des Verlustes? — Wie lange soll er den in solchen Papieren oft ruhenden bedeutenden Werth entbehren? wie lange dadurch oft sein ganzes Geschäft gehemmt werden? —

§. 3.

Ein zweiter Grund, womit eine Entschädigungsklage desjenigen, welcher die ihm zu rechter Zeit von einem Käufer nicht abgenommenen Staatspapiere weiter verkauft hat, gerechtfertigt werden kann, ist der oben angeführte, daß es überhaupt gar nicht immer nöthig ist, auf Erfüllung eines Vertrags zu klagen, sondern von dem säumigen Contrahenten unter gewissen Umständen auch sofort der Ersatz des durch die nicht zu rechter Zeit geschehene Erfüllung entstandenen Schadens verlangt werden darf.

Diese Ansicht wird jedoch von vielen für unrichtig gehalten [1]).

---

1) v. Speckner über das Recht der Verkaufs-Selbsthülfe oder das Differenzwesen (München 1822) S. 33. v. Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt. §. 541. (S. 1015) Bender im Archiv für civilist. Praxis. Beilageheft zum 9ten Band. §. 37. 38. 49. Philalethes Gutachten über die Frage: ob die Gesetzgebung den Lieferungshandel mit Staatspapieren verbieten solle? (Leipzig 1825.) Die Ansicht dieses Schriftstellers ist jedoch schon weniger unbedingt für alleinige Zulässigkeit der Erfüllungsklagen. S. 3. „Bei jedem Kaufe „auf Lieferung kann nach unseren Rechten der Käufer sowohl, „als der Verkäufer nach Verfluß der Zeit, zu welcher die „Erfüllung des Vertrags erfolgen sollte, gegen den andern „Theil, der seiner Verpflichtung nachzukommen säumt, oder „sich weigert, in der Regel nur eben auf Erfüllung kla„gen, nicht aber darf er selbst vom Vertrage abgehn und „zugleich von dem säumigen Gegner Entschädigung wegen „unterbliebener Leistung fordern. Letzteres steht ihm nur „dann frei, wenn entweder die Natur des Gegenstandes, der „geliefert werden sollte, so beschaffen ist, daß nach Ver„fluß des festgesetzten Termins die Erfüllung „des Vertrags wo nicht völlig unmöglich, doch „für den Kläger unnütz seyn würde (z. B. wenn „Jemand dem Andern eine Einlaßkarte zu einer Kunstleistung „am Tage nach der Vorstellung, eine Partie Kalender auf „das Jahr 1825, im nächsten Dezember liefern wollte) oder,

Es würde nach unserer Ansicht eine überflüssige Mühe seyn, auf alle einzelnen Gründe einzugehen, welche hier für oder wider angeführt worden sind. Die Hauptsache bleiben die Gesetze, auf welche sie gestützt werden. Wir beschränken uns auf ihre Erklärung [1]).

Es bedarf keiner Erklärung, daß die Gesetze in sehr vielen und in den meisten Fällen die Klage auf Erfüllung als das Rechtsmittel bezeichnen, dessen man sich gegen einen säumigen Contrahenten bedienen kann. Denn um Erfüllung eines Vertrags ist es ja in der Regel demjenigen zu thun, der ihn abschließt.

„wenn eine ausdrückliche Bedingung den Theil, welcher jetzt „seinen Anspruch vor dem Richter geltend machen will, be„rechtigt, vom Vertrage, dessen Verpflichtungen der andere „Theil nicht auf den Tag genügt, abzugehen, und, statt der „Erfüllung des Contracts, Schadloshaltung wegen der nicht „zur gehörigen Zeit geschehenen Erfüllung desselben zu for„dern.“

1) Manche gegen die rechtliche Befugniß zum Weiterverkauf der nicht zu gehöriger Zeit abgenommenen Staatspapiere hervorgehobenen Gründe scheinen wirklich zu leicht, um ihnen eine ausführliche Widerlegung zu widmen. Ein Beispiel für alle. Man sagt, dem Verkäufer von Wein ist es gestattet worden, diesen weiter zu verkaufen, wenn er ihm zu rechter Zeit nicht abgenommen worden ist, weil er seine Fässer anderwärts braucht; aber Staatspapiere kann man ja Millionen in einer Brieftasche haben, also tritt hier der Grund zur Gestattung des Weiterverkaufs nicht ein. — Was war aber der höhere Grund, warum man den Verkäufer des Weins für einen säumigen Käufer nicht des Gebrauchs seiner Fässer beraubt sehen wollte? — nichts anders wie Billigkeit und Recht. Wer säumig ist in Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, soll selbst den Schaden tragen, und nicht für ihn ein anderer! und müssen Recht und Billigkeit nur bei dem Verkauf des Weins gehört werden? Droht dem Verkäufer von Staatspapieren bei deren Aufbewahrung für den säumigen Käufer nicht noch größere Gefahr und Verlust, als jenem, wenn er seine Fässer eine Zeit lang entbehrt? —

So ist es auch beim Kauf- und Verkauf-Contract [1]), und die Institutionen, welche ihrer Bestimmung nach überall nur die größeren Umrisse des Rechtssystems, die allgemeinen Grundsätze, nicht aber alle Einzelnheiten und alle Ausnahmen allgemeiner Grundsätze enthalten sollten, sprechen hier auch nur von einer Erfüllungsklage des nicht säumigen Contrahenten [2]).

Wir glauben, daß es unrichtig seyn würde, wenn man aus andern Stellen des Corpus Juris, die unbedingt von einer Entschädigungsklage zu reden scheinen, das Gegentheil herleiten und nur letztere Klage zulassen wollte. (z. B. aus Fr. 1. pr. D. de act. emti vend. Si res vendita non tradatur, in id quod interest, agitur. Fr. 11. §. 9. eod. Idem ait: non tradentem, quanti intersit, condemnari. const. 4. C. de act. empti. —)

Diese Stellen lassen sich auf eine andere Weise erklären, wie wir weiter unten nachweisen werden. Allein schon aus ihnen, so wie aus anderen, läßt sich wenigstens so viel darthun, daß man viel zu weit gegangen ist, wenn man nur die Erfüllungsklage und nicht eben so gut, unter gewissen Voraussetzungen, die Entschädigungsklage zulassen will. Die Mißbilligung einer solchen Ansicht wird schon ganz klar und ausdrücklich in Fr. 68. in f. D. de contr. emptione — in Bezug auf den säumigen Verkäufer ausgesprochen:

> Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, *si quid dolo malo fecit, aut facit, dolus malus ejus aestimaretur.*

1) Fr. 11. §. 2. Fr. 46. D. de action. emti vend.

2) §. 1. J. de emtione et venditione.

In const. 10. de act. emti finden wir in einem einzelnen Falle ganz ausdrücklich die Entschädigungsklage dem Käufer gegen den säumigen Verkäufer zugesprochen:

Cum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes.

Der Grund, warum hier so entschieden wurde, war der, daß dem Käufer die spätere Lieferung des versprochenen, zur rechten Zeit aber nicht übergebenen Fleisches nicht mehr dienen konnte.

Wenn man die Billigkeit in Bezug auf den Käufer gegen den Verkäufer sprechen ließ, und ersteren nicht mit starrer Consequenz nöthigte eine Erfüllungsklage anzustellen, die ihm gar keinen Vortheil mehr brachte, da er gleich bei Eingehung des Vertrags seine Absicht nur auf eine bestimmte Zeit der Erfüllung gerichtet hatte, so muß man auch dieselbe Billigkeit in Bezug auf den Verkäufer gegen den Käufer gelten lassen und ihn gleichfalls nicht zu einer Erfüllungsklage nach eingetretener Säumniß des letzteren nöthigen wollen, wenn er gleich bei Abschluß des Vertrags nur die wechselseitige Erfüllung zu einer bestimmten Zeit, und nicht mehr nach deren Ablauf, beabsichtigen konnte.

Dieses ist der Fall beinahe bei allen Lieferungverträgen von Staatspapieren auf Zeit. Beide Contrahenten setzen hier im voraus einen bestimmten Termin fest, an welchem die wechselseitige Erfüllung geschehen soll. Sie berechnen im voraus, jeder nach seiner Ansicht, daß gerade auf diesen Termin ihnen diese Erfüllung nach dem alsdann wahrscheinlichen Curs der Papiere vortheilhaft seyn wird. Auf die Erfüllung an diesem Termin geht ihre Absicht, so wie die Worte des Vertrags. Will man nun dem einen oder dem anderen, nach eingetretener Säumniß des Gegentheils, keine

Klage auf Entschädigung, sondern nur die auf Erfüllung gestatten (deren Verhandlung bei unserem Prozeßgang keine geringe Zeit erfordern wird), so nimmt man ihm dasjenige, was ihm nach allem Recht zustehen sollte, und giebt ihm etwas, was er von Anfang an nicht gewollt hat.

Wenn man sich nur an den Buchstaben halten will, so ist es sehr schwer

> Fr. 1. pr. Fr. 11. §. 9. D. de act. empti vend. und const. 4. C. eod. — mit Fr. 11. §. 2. Fr. 46. D. eod. und §. 1. J. de emtione et venditione. —

zu vereinigen. Wenn man aber auf den Geist dieser Fragmente sieht, so scheint unbestreitbar das der Vernunft und Billigkeit entsprechende Resultat hervorzugehen:

> Erfüllung eines Vertrags ist die regelmäßige Absicht der Contrahenten, daher auch in der Regel die Klage auf Erfüllung gegen den säumigen gegeben wird; jedoch finden Ausnahmen Statt, wenn dem nicht säumigen Contrahenten eine solche Erfüllung nichts mehr nützen würde, oder seine Absicht gleich bei Abschluß des Vertrags nur auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit gegangen ist. In diesem Falle muß ihm sofort die Entschädigungsklage gestattet seyn. Die Beurtheilung der einzelnen Fälle und ob die eine oder die andere Klage gegeben werden soll? steht dem richterlichen Urtheil zu [1]), welches sich bei den Lieferungsverträgen von Staatspapieren auf Zeit immer für die Entschädigungsklage aussprechen wird.

Die meisten Pandekten-Fragmente und Constitutionen der Kaiser sind nur eine solche Beurtheilung einzelner Fälle, und wir werden selten finden, daß hier, zu Gunsten eines allgemeinen Grundsatzes, Entscheidungen gegeben werden, die dem Recht

---

1) Fr. 135. §. 2. D. de V. O. quod omne ad judicis cognitionem remittendum est.

und der Billigkeit zuwider sind. Hätten die Römer unsere Lieferungsverträge von Staatspapieren auf Zeit gekannt, gewiß würden sie den säumigen Theil zur Entschädigung verurtheilt haben, gewiß würden sie den anderen Theil nicht zu einer Erfüllungsklage gezwungen haben, deren Anstellung ihm schon eine große Gefahr droht, indem er damit zu einer Zeit obsiegen kann, wo dieser Sieg durch das inzwischen eingetretene Steigen oder Fallen des Curses für ihn eine wahre Niederlage wird. Die Entschädigung aber, welche bei einem solchen Lieferungsvertrag dem Verkäufer gegen den säumigen Käufer zukommt, ist die Differenz des als Verkaufspreis stipulirten und des am Lieferungstag wirklich stattfindenden Curses [1].

Wie wenig die Römer bei der Beurtheilung von Vertragsverhältnissen und den dem einen oder dem anderen Theile daraus zustehenden Rechten und Klagen von unveränderlichen und starren Grundsätzen ausgegangen sind, und wie sehr sie immer die gerade stattfindenden Verhältnisse berücksichtigt und nach ihnen ihre Entscheidungen modifizirt haben, davon giebt das schon oben angeführte Fr. 134. §. 2. D. de Verb. Obl. den deutlichsten Beweis. Nachdem hier verschiedene Verhältnisse angeführt sind, unter welchen der säumige Käufer bald noch die Erfüllung verlangen, bald auch nicht verlangen kann, ist der Schluß:

quod omne ad judicis cognitionem remittendum est. Ein gleiches Verfahren finden wir in Fr. 24. §. 4. D. locati conducti in Bezug auf die Verhältnisse des Verpächters

---

1) Einen recht gutmüthigen Mittelweg zwischen einer unbedingten Verwerfung und einer unbedingten Genehmigung der s. g. Differenzklagen geht Bender im Archiv für die civilist. Praxis Bd. VIII. Beilageheft §. 49. Wenn der Käufer sich auf diese Klage einläßt, soll sie gelten (S. 113.); wenn er aber Erfüllung, Lieferung der Papiere, auch nach seiner eigenen Säumniß in der Abnahme, verlangt, dann soll sie zurückgewiesen werden. Welcher Käufer wird sich nun auf die Klage einlassen?

angewandt, aus welchem Fragment v. Wening-Ingenheim den in seinem Lehrbuch des Civilrechts Buch III. §. 129. enthaltenen Satz abgeleitet hat, daß die Säumniß des einen Contrahenten alsdann den anderen zum einseitigen Rücktritt von dem Vertrag befuge, wenn die verspätete Erfüllung nach den vorhandenen Umständen und Verhältnissen unnütz seyn würde.

Wir beendigen diesen Abschnitt mit der Betrachtung einiger Stellen des Corpus Juris, welche [vorzüglich nach der Behauptung v. Speckner's über die Verkaufs-Selbsthülfe (§. 5.)] gegen die Anstellung der Entschädigungsklagen wider den säumigen Käufer sprechen sollen.

1) Const. 14. de rescind. vend. — IV. 44. — Wenn ein Grundstück unter der Bedingung verkauft worden, daß der Käufer die Schuld des Verkäufers an den Staat berichtige und dieser hat dennoch die Zahlung leisten müssen, so kann er aus diesem Grunde nicht den Verkauf anfechten, sondern nur auf das Interesse klagen. Hieraus wird gefolgert, daß also doch bei der mora des Käufers der Verkäufer nicht sogleich von dem Vertrage abgehen und lediglich das Interesse, die Differenz, fordern könne. — Dieser ganze Titel des Codex handelt jedoch von der Rescission eines bereits erfüllten Kaufs und Verkaufs. Auch hier muß angenommen werden, daß das Grundstück bereits übergeben und der Kaufpreis bezahlt war, der Käufer hatte aber nicht die Nebenbedingung, die Zahlung der Schuld an den Staat — wahrscheinlich für rückständige Abgaben — mit erfüllt; deshalb soll nun nicht auf Rescission des Vertrags, sondern nur auf Leistung des Interesse, desjenigen, was der Verkäufer gegen die Uebereinkunft noch an den Staat gezahlt hat, geklagt werden können. Es ist demnach diese Bestimmung nicht auf den Fall anwendbar, wo der eine Theil in der Erfüllung des Haupt-Vertrags säumig war.

2) Fr. 2. de rescind. vend. — 18. 5. —

Const. 2. Quando liceat ab emt. disced. — IV. 45. — Auch diese beiden Gesetzstellen gehören nicht hierher. Die erstere sagt weiter nichts, als daß durch einen zwischen denselben Contrahenten über denselben Gegenstand geschlossenen zweiten Kauf der erstere nur dann aufgehoben werde, wenn er noch nicht durch Zahlung des Kaufpreises erfüllt sey. Das zweite Fragment giebt dieselbe Regel, daß ein Vertrag durch Uebereinstimmung der Contrahenten nur dann aufgehoben werden könne, wenn er noch von keinem Theile erfüllt sey, und leitet daraus die Folgerung ab, daß der Käufer, welcher schon einen Theil des Kaufpreises bezahlt habe, nach der Säumniß des Verkäufers, auf Leistung dessen, was ihm aus dem geschlossenen Vertrag zukommt, nicht auf Rückzahlung des bereits Bezahlten, dringen könne.

Dieselbe Bestimmung in Bezug auf den Verkäufer enthält Const. 8. de contr. empt. vend. — IV. 38. — und Const. 6. de act. emt. vend. — IV. 49. — Dieses Gesetz bezeichnet klar, wovon in ihm und in den vorhergehenden die Rede ist: venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam *perfectam venditionem*, sed ad pretium exigendum competit.

3) Führt man gegen die Zulassung von Entschädigungsklagen, nach eingetretener Säumniß des einen oder des anderen Theils, Fr. 9. D. act. emti vend. an, so wie Fr. 11. §. 18. eod. Was erstere Stelle betrifft, so wird hier nur gesagt, daß man ex empto auf die Wegnahme verkaufter Steine klagen könne, nicht daß man gerade hierauf klagen müsse; wir gestehen aber zu, daß alsdann nur die Klage auf Erfüllung zulässig ist, wenn aus den stattfindenden Verhältnissen kein Grund ersichtlich ist, warum der Käufer oder Verkäufer, nach eingetretener Säumniß des anderen Theils, von dem Vertrage ganz abgehen will (quod omne ad judicis cognitionem remittendum est).

Die letztere Stelle gehört gar nicht hierher; sie spricht von einem bereits von beiden Seiten erfüllten Kauf und Verkauf, wo der Verkäufer die Bedingung gemacht hatte, daß er nicht für Eviction hafte. Wenn nun diese eintritt, so soll er nicht auf Entschädigung, sondern nur auf Rückgabe des empfangenen Kaufgeldes belangt werden können.

Endlich spricht auch die const. 17. C. de transact. keineswegs für die alleinige Zulässigkeit der Erfüllungsklage gegen einen säumigen Contrahenten. Der Fall ist hier folgender. Es hat jemand Geld im Wege des Vergleichs gezahlt; der andere Theil will nun den Vergleich nicht halten, und deshalb fragt der erstere bei dem Kaiser an: ob er das für den Vergleich gezahlte Geld zurückfordern und den Ansprüchen des letzteren die Einrede des geschlossenen Vergleichs entgegensetzen könne? Der Kaiser antwortete: ja! wenn es in dem geschlossenen Vergleich ausdrücklich so bedungen worden ist, sonst aber könne er nur das eine oder das andere, nicht beides zugleich, thun.

Folgt hieraus etwas gegen die Zulässigkeit einer Entschädigungsklage nach eingetretener Säumniß des Käufers oder Verkäufers [1]? —

---

1) Vielleicht haben wir uns zu lange mit der Erklärung von Gesetzen beschäftigt, die in der That großentheils unserer Frage ganz fremd sind. Allein da man überall nachgegraben hat, um Autoritäten gegen die s. g. Differenzklagen zu finden, so wollten wir auch in ihrer Vertheidigung nichts übergehen. Freilich war es immer nicht möglich, alles anzuführen und zu widerlegen, was schon gegen sie gesagt worden ist, namentlich in der genannten Schrift von Speckner.

Wir dürfen auf diese selbst verweisen und darüber an ein ziemlich übereinstimmendes Urtheil glauben, daß sie zum Theil nur allotria enthält, zum Theil am besten sich selbst widerlegt.

§. 4.

Ferner sucht man die Differenzklage eines Verkäufers von Staatspapieren auf Zeit gegen den säumigen Käufer durch die den Engagementsbriefen gewöhnlich beigefügte Clausel:

daß an dem Tage, welcher auf den zum Bezug festgesetzten folgt, das Engagement erloschen seyn soll —

zu rechtfertigen, indem man hierin einen commissorischen Vertrag erkennt, der dem säumigen Käufer sowohl alles Recht zur Klage benehmen, als seinerseits zur Entschädigung verpflichten soll.

Allein nach reiflicher Ueberlegung und nachdem, wir gestehen es, in dieser Beziehung unsere Ansicht nicht immer dieselbe war, glauben wir die fragliche Differenzklage **nicht aus diesem Grunde** rechtfertigen zu können.

Der Verkäufer, welcher ein pactum commissorium geschlossen hat, muß sich, wenn der vorausgesehene Fall eintritt, nicht desselben bedienen, sondern **darf** es nur. (Fr. 2. D. h. t.). Er hat **alternativ** entweder die gewöhnliche **Klage aus dem Geschäft, oder die Klage aus dem *pacto commissorio* auf Wiederaufhebung des Geschäfts** [1]. Letztere Klage geht auf Rückgabe der schon tradirten Sache mit den davon gezogenen Nutzungen und Ersatz des daran erlittenen Schadens [2].

---

1) Das pactum commissorium gilt in der Regel als Resolutiv-Bedingung (Fr. 1. D. h. t.). In dem vorliegenden Falle muß es nach den Worten: „**den 1ten Januar 1830 ist dieses Engagement erloschen**" (ex. gr.) dafür gelten; denn wenn etwas erlöschen soll, muß es schon bestanden haben.

2) Fr. 4. pr. D. h. t. Es scheint nach diesem Fragment, daß über den Namen gestritten wurde, welcher dieser Klage zu geben sey. Man behauptete nämlich, ex empto vendito könne

Wenn aber die verkaufte Sache noch nicht tradirt ist, so kann der Verkäufer ex pacto commissorio allein nicht klagen, weil diese Klage ja nur auf die Wiederherstellung des status quo geht, in diesem Falle aber noch keine Veränderung statt gefunden hat. Wir sagen, aus dem pacto commissorio allein kann er nicht klagen. Denn, wenn noch außerdem bedungen worden ist, daß der Verkäufer von dem säumigen Käufer dasjenige soll fordern können, was er bei einem zweiten Verkauf weniger löst, als bei dem ersten und rückgängig gewordenen, so ist es etwas anderes (Fr. 4. §. 3. D. h. t.).

Der Zweck des pacti commissorii ist, daß der Verkäufer von dem ganzen Geschäft, als nie bestanden, abgehen, oder doch alles wieder in den vorigen Stand setzen kann.

Es bedarf nun keiner weiteren Ausführung, daß derjenige Verkäufer, welcher die verkauften Papiere dem Käufer noch gar nicht geliefert hat und ihn nicht zu gehöriger Zeit zum Bezug bewegen kann, daher sie weiter verkauft, die Differenzklage nicht nachher auf das Fundament des in der oben angeführten Erlöschungsclausel enthaltenen pacti commissorii bauen kann. Denn diese Clausel und dieses pactum commissorium berechtigen ihn nur von dem ganzen Geschäfte wieder abzugehen, daher dem säumigen Käufer nicht mehr zu liefern. Wollte er auch die Klage wegen dem Mindererlös bei einem weiteren Verkauf auf das *pactum commissorium* stützen, so mußte er deshalb noch eine besondere Bedingniß hinzufügen, wie oben angedeutet worden ist.

---

nicht geklagt werden, quia finita est emtio per legem commissoriam; da aber doch die Ansprüche des Verkäufers gerecht und durch den früher abgeschlossenen Verkauf entstanden waren, so wurde die Spitzfindigkeit durch einen kaiserlichen Spruch erledigt: ex vendito actio competit.

Haben wir nun hiermit umgestoßen, was wir früher zur Rechtfertigung der Differenzklagen gegen den säumigen Käufer von Staatspapieren auf Zeit gesagt haben? — Keineswegs! nur so viel wird hier behauptet, daß sie nicht gerade auf das in der Erlöschungsclausel der Engagementsbriefe enthaltene *pactum commissorium* gestützt werden können [1].

1) Bender a. a. O. §. 38. bestreitet, daß in jener Erlöschungsclausel ein pactum commissorium liege, aus Gründen, die uns nicht einleuchten. Wenn man sie jedoch auch als den Nebenvertrag der eingeschränkten Verjährung bezeichnen will, so bleibt das Resultat dasselbe, und derjenige Contrahent, welcher bis zu einem gewissen Tag die Erfüllung nicht angeboten hat, kann sie später nicht mehr fordern.

XIV.

Beiträge zur rechtlichen Beurtheilung des Verkehrs mit Staatspapieren.

Von Linde.

Die vorhergehende Abhandlung erregte in mir den Gedanken, über obiges Thema eine Reihe von Bemerkungen, welche ich bei Gelegenheit practischer Arbeiten aufgezeichnet habe, mitzutheilen. Der Gegenstand steht eigentlich noch in der ersten Periode der wissenschaftlichen Behandlung, und jeder noch so kleine Beitrag ist deshalb wichtig, wenn er auch nur nähere Prüfungen veranlaßt. Zunächst werde ich einige, rücksichtlich der Engagementsbriefe entstandene, interessante Streitfragen berühren.

§. 1.

I. Ist die Cession der Engagementsbriefe rechtlich zulässig?

Man bestreitet die rechtliche Möglichkeit der Cession der Engagementsbriefe

1) aus dem Grunde: daß durch das Engagement beide contrahirende Theile zugleich berechtigt und verpflichtet werden, und deshalb nach dem Grundsatze: „alle mit Verbind-

lichkeiten vermischte Rechte sind nicht cessibel" eine Cession der Engagementsbriefe rechtlich rein undenkbar sey. Schon Bender hat sich mit der Lösung dieser Frage beschäftigt [1]), und wie es mir scheint, zwar die richtige Ansicht aufgestellt, diese aber unzureichend begründet. Er geht nämlich davon aus, daß der hervorgehobene civilrechtliche Grundsatz sich im Allgemeinen nicht füglich bezweifeln lasse, und in bestimmten Gesetzen ausgedrückt, und von den zuverlässigsten Rechtsgelehrten der neuern Zeit gerade so angenommen worden seye. Dieses letztere steht allerdings richtig, da vorzüglich Thibaut [2]) und Mühlenbruch [3]) jenes Rechtsaxiom lehren; allein ich kenne weder ein bestimmtes Gesetz, welches jenen Grundsatz: „mit Verbindlichkeiten vermischte Rechte sind nicht cessibel" aufstellt, noch kann ich ihn analog ableiten, glaube vielmehr auf dem Wege der Analogie zu dem Resultate führen zu können, daß der Grundsatz im römischen Rechte nicht befolgt ist, und daß er überhaupt keinen Theil des Rechtssystems ausmacht. Weder Thibaut [4]), noch Mühlenbruch [5]), noch irgend andere Schriftsteller,

---

1) Bender über den Verkehr mit Staatspapieren in seinen Hauptrichtungen (Als Beilageheft zum Archiv für civ. Prax. VIII. B.). Heidelb. 1825. §. 17.

2) Thibaut System d. P. R. §. 77.

3) Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. Aufl. 2. §. 27. S. 311 f.

4) Zwar beruft sich Thibaut a. a. O. Note m. auf II. F. 34. 39. 45. 52. 55. — Const. 1. de novat. 8, 42., allein jene Gesetze sprechen den Grundsatz weder bestimmt ausdrücklich, noch in der Anwendung aus.

5) Denn die Verhältnisse, welche Mühlenbruch aus jenem Prinzipe löst, erklären sich viel einfacher, und müssen sogar erklärt werden aus andern Grundsätzen. Man vermißt un-

haben meines Wissens bestimmt lautende Gesetze für den erwähnten Grundsatz angeführt. Die Theorie dürfte das Prinzip also nur dann aufnehmen, wenn es sich aus der Natur des Verhältnisses ableiten ließ. Schlägt man diesen Weg ein, so entsteht vor allem die Frage: wie die Rechtslehrer sich den Inhalt jener Regel denken? Eine wirkliche Vermischung von Rechten und Verbindlichkeiten in der Art, daß eine scharfe Trennung beider Bestandtheile nicht möglich wäre, enthält etwas Widersprechendes, da die Begriffe von Recht und Verpflichtung einen durchaus bestimmten Gegensatz bilden, und die Begriffe jener beiden juristischen Verhältnisse so wesentlich von einander verschieden sind, daß, wenn auch aus ein und demselben Rechtsgeschäfte ein Contrahent berechtigt und verpflichtet wird, die so entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten, wenn sie überhaupt wirksam werden sollen, in ihrer Trennung genau und deutlich erkennbar seyn müssen. Denn die Ansicht, daß ein Recht als solches auch Verpflichtungen, und umgekehrt, begreife, enthält einen Widerspruch im Beisatze. In dieser Bedeutung scheint man jedoch jene aufgestellte Regel nicht zu nehmen, und wenn ihr Inhalt auch von den Vertheidigern der Regel nirgends näher erklärt ist, so macht Mühlenbruch davon doch bei einem Verhältnisse Anwendung,

---

gern in der neuern Auflage der Mühlenbruch'schen Schrift eine nähere Erörterung des Gegenstandes unserer Untersuchung, worüber die Note 134. S. 311. der citirten Schrift über Cession nur eine, vielleicht noch undeutliche, Bemerkung enthält. Denn ich verstehe die Note dahin, daß Mühlenbruch die Cession der Engagementsbriefe für zulässig hält, erinnere mich aber in einem Facultätsurtheile die Note für die entgegengesetzte Ansicht angeführt, gelesen zu haben.

in welchem nach seiner Ansicht Rechte und Verbindlichkeiten in einer so genauen Relation stehen sollen, daß der Uebergang der erstern ohne die letzteren gar nicht gedacht werden könne [1].

Dagegen spricht aber, daß die Cession nichts anders ist, als ein mandatum in rem propriam, der Cession also nur ein Mandat zum Grunde liegt, vermittelst welchem ein Dritter, der Cessionar, beauftragt wird, eine Forderung des Mandanten einzucassiren, oder eine Klage desselben anzustellen, auf eigene Gefahr und zu eigenem Vortheile des Mandatars und hier Cessionars, und daß ferner die Geltendmachung einer Forderung und die Anstellung einer Klage nothwendig voraussetzt, daß das zu verfolgende Recht hinlänglich bestimmt seyn muß, und daß, wenn es für die Person des Mandanten bestimmt ist, in demselben Maaße auch bestimmt ist für die Person des Mandatars, so daß hiernach jede Forderung und jede Klage, welche der Mandant selbst hätte eincassiren und beziehungsweise anstellen können, insofern, als dabei eine genaue Trennung des Rechtes von allenfallsigen Verpflichtungen in der Person des Mandanten erforderlich ist, nothwendig auch mandirt werden kann. Wenn es überhaupt Fälle gäbe, worin das Recht und Verpflichtungen so miteinander vermischt wären, daß eine scharfe Scheidung beider Bestandtheile nicht möglich wäre, so würde ein solches Rechtverhältniß freilich nicht cedirt werden können, aber das blos aus dem Grunde nicht, weil weder Verpflichtungen, noch solche Forderungen und Klagen, deren rechtliche Bestandtheile nicht

---

1) S. auch v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts. B. III. §. 48.

bestimmbar sind, möglicher Weise nicht eincassirbar und nicht klagbar sind, ein solches Rechtsverhältniß also juristisch überhaupt, und also auch für den ursprünglich Berechtigten, durchaus nutzlos wäre.

Der Umstand, daß ein Contrahent aus ein und demselben Rechtsgeschäfte zugleich berechtigt und verpflichtet wird, tritt bei allen zweiseitigen Verträgen ein; daß man aber die daraus entstehenden Forderungsrechte und Klagen cediren könne, kann man in keinem Falle, worin die Gesetze nicht ausdrücklich eine Beschränkung ausgesprochen haben [1], mit Grunde leugnen, und daß Klagen in diesem Sinne cedirt werden können, und dann zugleich die Obligationen des Cedenten vom Cessionar erfüllt werden müssen, wird man nicht leugnen, wenn man erwägt, daß auch die Eigenthumsklage cedirt werden [2], und daß der Beklagte bei der Eigenthumsklage gar manche Forderungen gegen den Kläger durch Retention geltend machen kann [3]. Bei Engagementsbriefen handelt es sich aber blos um die Cession der aus dem Kaufe für den Käufer und beziehungsweise Verkäufer entstandenen Rechte, deren Cessibilität selbst diejenigen, welche den Grundsatz: Rechte mit Verbindlichkeiten vermischt, seyen nicht cessibel, aufstellen, anerkennen [4].

1) Mackeldey Lehrb. des heutigen röm. Rechts. Aufl. 8. §. 335.

2) Const. ult. de heredit. vel act. vend. 4, 39. Mühlenbruch a. a. O. §. 18.

3) Z. B. Fr. 26. §. 4. de cond. indebiti. 12, 6. Fr. 13. §. 8. de act. emti vend. 19, 1. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. I. §. 169.

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 311. Note 134.

Die aus dem Kaufe für den Verkäufer entstehende Verpflichtung, das verkaufte Object zu überliefern, kann freilich nicht cedirt werden; allein um diese Cession handelt es sich bei Engagementsbriefen auch nicht, und wenn gleich der Cessionar bei solcher Gelegenheit, wo er das ihm cedirte Recht geltend zu machen sucht, zugleich die Verbindlichkeiten des Cedenten zu erfüllen sich bereit erklärte, so handelte er hier doch nicht als Cessionar, oder als mandatarius in rem propriam, sondern als mandatarius in rem alienam, oder als negotiorum gestor, woraus dann folgte, daß der aus dem cedirten Engagementsbriefe Klagende in einer ganz anderen Eigenschaft auftrete, wenn er dem Beklagten die verkauften Papiere zur Empfangnahme anböte, und in ganz anderer Eigenschaft, wenn er das Kaufpretium eincassirte, und demnächst das Interesse wegen nicht erfolgter Zahlung geltend machen wollte. Insofern der eine Contrahent nämlich aus dem Engagement Verbindlichkeiten übernommen hat, die dem andern Rechte geben, ist dieser eben deshalb, wenn eine Cession statt gefunden hat, nicht an den Cessionar gebunden, sondern darf sich immer an seinen Contrahenten halten. Daraus geht aber hinlänglich hervor, daß bei solchen Cessionen überall kein solches Ineinandergreifen von Rechten und Verbindlichkeiten vorhanden ist, daß der Uebergang der ersteren ohne letztere nicht gedacht werden könnte.

Sobald die Behauptung richtig steht, daß der Grundsatz: „mit Verbindlichkeiten vermischte Rechte sind nicht cessibel," nicht vertheidigt werden kann, fällt auch der Grund gegen die Cession der Engagementsbriefe fort. Stände jener Grundsatz aber fest, so würde es schwer halten, die Cessibilität der Engagementsbriefe zu vertheidigen, und am

wenigsten würde man sie, mit Bender, daraus folgern können, daß solche Cessionen eine außerordentliche Erleichterung und Bequemlichkeit in dem Verkehre mit Staatspapieren schaffen, und daß durch die Cession keinem der beiden Contrahenten, welche das Engagementsgeschäft eingingen, ein Nachtheil hervorgehe. Denn solche Gründe dürften wohl bei einer neuern Gesetzgebung Beachtung verdienen, aber nicht zureichen, ein gültiges Gesetz unbeachtet zu lassen.

2) Ein anderer Grund, den man der Möglichkeit der Cession der Engagementsbriefe entgegengesetzt hat, liegt in der Behauptung: daß vor dem Lieferungstage sich nicht bestimmen läßt, wer von beiden Contrahenten aus dem Engagement ein Recht oder eine Verbindlichkeit auszuüben oder zu erfüllen habe. Hierin liegt aber theils eine unrichtige Ansicht von dem, aus Engagementsbriefen hervorgehenden Rechtsverhältnisse, theils folgt auch aus der unrichtigen Ansicht das Hergeleitete nicht.

a) Indem man nämlich annimmt, daß erst der Cours der Papiere am Lieferungstage bestimme, ob der eine oder der andere Contrahent Rechte oder Verbindlichkeiten auszuüben oder zu erfüllen habe, behauptet man als Folge, daß kein Theil vor dem Lieferungstage, weil keine gewisse Forderung existire, diese cediren könne.

Allein wenn man nun auch jene Vordersätze als richtig zugeben wollte, so ständen jene Umstände der rechtlichen Möglichkeit einer Cession deshalb nicht entgegen, weil auch zur Zeit der Cession noch ungewisse Forderungsrechte cessibel sind, da die Gesetze ausdrücklich die Veräußerungsfähigkeit von Forderungen, die künftig erst möglich werden, und

worauf man eine bloße Hoffnung hat [1]), und solchen Forderungen, deren Existenz von einer Bedingung abhängt, oder bei denen noch andere Ungewißheiten sich finden [2]), anerkennen [3]), und unter einen dieser Gesichtspunkte die aus dem Engagement entstandene Forderung jedenfalls fällt, mag man das Sinken und Steigen des Courses der Papiere, die den Gegenstand des Engagements ausmachen, als die Bedingung der Forderung [4]) oder blos als einen Umstand ansehen, der die Größe derselben vermittelt.

b) Allein man kann nach einer richtigen Ansicht von dem durch die Engagementsbriefe begründeten Rechtsverhältnisse durchaus nicht annehmen, daß die dadurch begründeten Rechte bedingt oder ungewiß wären, sobald auf reelle Lieferung und nicht auf die Coursdifferenz contrahirt ist, denn auf Seiten des Käufers der Papiere ist ja das Object dessen Rechts jedenfalls bestimmt, und ihm ist die Befugniß, die Lieferung der Papiere selbst dann zu verlangen, wenn ihr Cours am Lieferungstage bedeutend gesunken, und es also gegen sein Interesse wäre, davon Gebrauch zu machen, nicht abzusprechen. Dasselbe gilt von dem Verkäufer, indem auch das Object des Kaufes, so wie das Kaufpretium, durchaus bestimmt ist. Nur der Umstand, für welchen der beiden Contrahenten am Ende aus dem Vertrage reeller Vortheil oder Nachtheil hervorgehe, bleibt bis zum Leistungstage ungewiß; allein deshalb sind die aus dem Engagement

1) Const. 3. de donationibus. 8, 54. Arg. Fr. 34. §. 1. de contrah. emt. 18, 1.

2) Fr. 5. 17. de act. vel hered. vend. 18, 4.

3) Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte. Aufl. 2. §. 24. S. 255 — 260.

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 259. Note 24.

unmittelbar hervorgehenden Forderungsrechte nicht ungewiß, und sie werden dieses auch dadurch nicht, daß durch das Benehmen des einen Contrahenten der andere in eine Lage kommt, nicht auf Erfüllung, sondern auf das Interesse zu klagen, und dieses nach der Coursdifferenz zu bestimmen. In irgend einer Hinsicht sind die aus dem Engagement entstandenen Rechtverhältnisse unbestimmt nur dann, wenn auf die Coursdifferenz contrahirt ist, oder ein Prämienvertrag zum Grunde liegt.

(Die Fortsetzung folgt.)

Sach = Register zum zweiten Bande.

(Die Ziffern weisen auf die Seiten hin.)

Druckfehler und Berichtigungen.

Seite 99. Not. 4. Zeile 3. ist für „ungegründet" zu lesen: „für ungegründet."
— 103. Für die unter III. gegebene Ausführung hätte noch die S. 141. Not. 1. abgedruckte Stelle des Theophilus benutzt werden sollen.
— 113. Zeile 2. für „leugnet" — leugnete.
— 115. — 9. Dasselbe wird auch schon in einem Rescripte Alexander Sever's, c. 5. Cod. ad l. Falcid., gesagt. Auch gehören noch hierher: *Pauli* Sent. III, 8. §. 1. c. 18. Cod. eod.
— 116. Zeile 17. für „dies" — das.
— 120. — 9. — „Woorda" — Voorda.
— 121. Note 3. Z. 8. für „cedirten" — cedirte.
— 152. — 1. — 7. — „wolle" — wollte.
— 242. in der Note, ist, aus Versehen, Fr. 9. §. 5. Dig. de publ. act. nicht berücksichtigt worden. Ueber den Einfluß dieser Stelle auf die ausgesprochene Ansicht, werde ich an einem andern Orte das Weitere bemerken.
— 250. Z. 3. ist hinter „Dagegen ist es," ein Absatz zu machen und einzuschalten: 2.
— 253. Z. 19. für „Honoralsklagen" — Honorarklagen.
— 257. Z. 22. — „tradit" — tradita.
— 260. Z. 6. — „nun" — nur.
— 264. Not. 2. hätte vor Unterholzner, noch genannt werden sollen: Puchta, in den Erlanger Jahrb. d. gesammt. jur. Literatur. Bd. 4. S. 53 — 55.

A. W. v. Schr.

Ex. g. [illegible]

